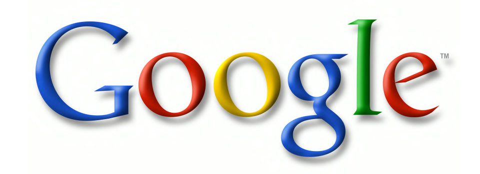



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 712 630



9

# Zeitschrift

für

# das gesammte Handelsrecht,

herausgegeben

von

Dr. L. Goldschmidt,
Docenten der Rechte in Heidelberg.

Erster Band.

---

Erlangen.
Verlag von Ferdinand Enke.
1858.



# Zeitschrift

für

# das gesammte Handelsrecht,

herausgegeben

von

Dr. L. Goldschmidt,
Docenten der Rechte in Heidelberg.

Erster Band.

---

8.
Erlangen.
Verlag von Ferdinand Enke.
1858.



Schnellpressendruck von C. H. Kunstmann in Erlangen.

# Prospectus.

## Vorwort.

Als im Jahre 1849 der „Gerichtssaal" in die Reihen der, der juristischen Wissenschaft und der Rechtspflege gewidmeten Zeitschriften eintrat, verkündete der nunmehr verstorbene erste Herausgeber desselben in dem Vorworte des ersten Bandes unter der Ueberschrift: „der Uebergang vom alten zum neuen Rechte", wie die Zeitschrift bestimmt sei, diesen Uebergang zu vermitteln und die damals geforderten Reformen in der Rechtspflege zum klareren Verständnisse zu bringen. Die Redaction des Gerichtssaals ist sich bewußt, dieses Ziel unverrückt verfolgt und unausgesetzt sich bemüht zu haben, das Ihrige zu jener Vermittelung und zu diesem Verständnisse beizutragen.

Es ist seit jenem Vorworte eine, an Reformbestrebungen und an gesetzgeberischer Thätigkeit reiche Zeit verflossen. Fast in allen Ländern Deutschlands ist die Gesetzgebung, insbesondere in Bezug auf Strafrecht und Strafproceß thätig gewesen. Aber auch der Civilproceß hat in mehreren Ländern durchgreifende Reformen erfahren, und das Bedürfniß nach einer Umgestaltung unseres bürgerlichen Rechts hat in der zu Nürnberg zusammengetretenen Conferenz zur Berathung eines deutschen Handelsgesetzbuchs einen wichtigen Ausdruck gefunden.

Hierbei mag nicht verkannt werden, daß gegenwärtig, nachdem in den Jahren 1848 und 1849 unter den politischen Stür-

men auch die Reform des Strafverfahrens zum Theil in einer mehr als bedenklichen Hast vorgenommen und die schleunigste Adoption fremder Einrichtungen ohne weitere Prüfung verlangt und gewährt wurde, die Kritik über manche dieser Reformen den Stab gebrochen und die Mängel und Gebrechen derselben dargelegt hat. Es ist zuzugeben, daß die Reformfrage bereits vielfältig auf Congressen und in Schriften discutirt worden war, ehe das Jahr 1848 sie unter seine Forderungen stellte. Allein die Discussion konnte nur die hauptsächlichsten Principien in's Auge fassen und hatte überdieß mit der Art und Weise der Ausführung der geforderten Reformen sich nicht beschäftigt. Wir nehmen hier vorzugsweise auf die Frage wegen der Gerichtsorganisation Bezug. Es zeigt sich — das dürfen wir nicht in Abrede stellen — gerade bezüglich dieses Punktes gegenwärtig noch eine solche Verschiedenheit der Ansichten, daß eine definitive Erledigung desselben wohl erst in langer Zeit zu hoffen ist. Die Vorgänge in Bayern und die neuerlichen Revisionen der Organisationsgesetze in Hannover sind hierbei besonderer Beachtung werth. Im Jahre 1848 allerdings fing man nicht mit der Organisation der Gerichte und der Aufstellung einer neuen Gerichtsverfassung an, welche nicht blos für die Strafsachen, sondern auch für die Civilsachen anwendbar sei, sondern man hatte nur die ersteren im Auge, wollte auch hier nicht mit aufhältlichen Vorbereitungen den günstigen Augenblick für die Hauptreform verlieren und nahm zumeist unter nothdürftigen Aenderungen in der Gerichtsverfassung und ohne Rücksicht auf die übrigen Zweige der Rechtspflege, sowie die gesammte Staatsverwaltung überhaupt, das französische Verfahren mit allen seinen Mängeln und mit seinen, nur mit und in der französischen Gerichts- und Behörden-Verfassung erklärlichen Einrichtungen an und auf.

Es sind bei der Annahme der fremden Proceßgesetze zu viele Aeusserlichkeiten herübergenommen worden, welche einen geregelten Gang der Entwickelung erschweren und doch sich ein Ansehen, als ob in ihnen der Grundton und die Hauptsache der Reformen zu finden sei, geben. Wir sind weit entfernt, den Werth und die Entwickelungsfähigkeit der Reformen zu verkennen. Aber wir wollen Reaction gegen die, den Grundgedanken der Reformen und dem

Interesse der Rechtspflege zuwiderlaufenden Auswüchse und Gebrechen in diesen Reformen machen, um in solcher Reaction das Mittel zu einem befriedigenden Fortschritte zu finden, und um nicht die Reformen in sich selbst untergehen zu lassen. Die Gegner derselben suchen gegenwärtig in einzelnen Aeusserlichkeiten und Nebenpunkten ihre Waffen und gebrauchen sie geschickt gegen das Ganze. Man kann sie nur siegreich bekämpfen, wenn man sich von einer blinden Verehrung des Fremden losmacht und die angebahnten Reformen in einer, den Bedürfnissen und Interessen einer gerechten und gesunden Rechtspflege entsprechenden Masse fortführt.

Es ist hohe Zeit für die Wissenschaft und für die Gesetzgebung, auf die Grundelemente der neuen Reformen zurückzugehen und sie an der Hand der gemachten Erfahrungen und unter Berücksichtigung der übrigen, die Rechtspflege und die gesammte Staatsverwaltung betreffenden Institutionen einer Prüfung zu unterwerfen, hierdurch aber das Material für eine, dem Zwecke der Rechtspflege und den Bedürfnissen der Staatsbürger und des Verkehrslebens entsprechende Reform zu gewinnen, damit endlich einmal den Schwankungen und dem Experimentiren ein Ende gemacht werde. Die fortdauernden Revisionen und Aenderungen untergraben das Ansehen der Gesetze und der Behörden und hiermit das Vertrauen der Bürger zu ihnen, — laden eine ungeheuere, nie enden wollende Arbeitslast auf den Beamten —, und verursachen (es mag auch dies nicht gering veranschlagt werden) eine allgemeine Störung in dem Behörden- und Beamten-Wesen, sowie einen nicht unerheblichen Kostenaufwand. Man hat bei der rückhaltlosen Aufnahme der fremden Einrichtungen zu geringe, zum Theil gar keine Rücksicht auf die einheimischen, mit der gesammten Staatsverwaltung innig verbundenen Einrichtungen genommen und bei der Einführung der neuen Gesetze die gesunden, in das Volks-Rechtsbewußtsein übergegangenen Elemente des älteren Rechts unklugerweise beseitigt.

Das practische Bedürfniß einer durchgreifenden Prüfung der neuen Einrichtungen macht sich immer mehr geltend und mahnt zugleich zur Vorsicht bei den bezüglich des Civilrechts und des Civilprocesses angestrebten Reformen.

Eine andere Gefahr droht hiernächst unsrer Rechtsentwickelung durch die immer schärfer sich entwickelnde Particulargesetzgebung und die mit ihr verbundene Zersplitterung der für die Gesetzgebung und die Fortbildung des Rechts wirkenden Kräfte und der für sie wichtigen Erfahrungen. Die Nachtheile des Particularismus treten in dieser Richtung immer schroffer hervor und erzeugen Furcht vor einer Seichtigkeit in den Rechtsstudien, die, einmal zur Macht gelangt, der Rechtswissenschaft und der Rechtspflege die empfindlichsten, fast unheilbaren Schläge versetzen wird.

Es ist dringend nöthig, daß ein Centralorgan vorhanden ist, welches das Gemeinsame in den Legislationen sammelt und zur Anschauung bringt, die Erfahrungen in den einzelnen Ländern prüft und die wichtigeren Ergebnisse derselben allgemein bekannt macht, und durch eine solche Vermittelung eine zusammenfassende Erkenntniß der Grundelemente und der Bedürfnisse der Rechtspflege schafft. Die Vereinigung der Männer der Wissenschaft und der Erfahrung in den einzelnen Ländern zu einer solchen gemeinschaftlichen Thätigkeit wird der Rechtswissenschaft und der Rechtspflege, und zwar sowohl im Allgemeinen als auch für das einzelne Territorium die wesentlichsten Dienste leisten. Für die einzelnen Länder wird durch eine solche wissenschaftliche Darstellung und Behandlung der Grundelemente, so wie des Gemeinsamen in der Rechtspflege der verschiedenen Länder ein wichtiges Material für die Particular-Gesetzgebung und Rechtspflege gewonnen, — die Verbindung derselben mit der Wissenschaft erhalten und befestigt, und hierdurch ihnen die Grundbedingung einer gesunden und kräftigen Fortentwickelung gesichert, dagegen jener, dem Particularismus nahe stehenden Seichtigkeit und Verkümmerung entgegentreten.

Es ist gegenwärtig weniger von einem Eingehen auf die französischen und auf die englischen Einrichtungen großer Gewinn für unsere Reformen zu hoffen, als von einer, auf die Grundelemente des Rechts zurückgehenden und die Bedürfnisse der Praxis erforschenden und berücksichtigenden Prüfung derselben. Man gönne der Praxis das Recht, die Wege anzudeuten, auf denen der Rechtspflege Hilfe geschafft werde, und quäle sich nicht ab, ihr Mittel zu

octroyiren, welche sie bald sofort, bald langsam, aber immer mit sicherem Erfolge zurückweist.

Wir haben hier nicht blos das Strafrecht und den Strafproceß, sondern das gesammte Gebiet der Rechtswissenschaft, soweit sie der Praxis dienstbar ist, im Auge. Gerade auch im bürgerlichen Rechte und im bürgerlichen Processe bedarf es der Gemeinschaftlichkeit, von welcher wir oben gesprochen, und einer gemeinsamen Thätigkeit derer, welche für eine gedeihliche Entwickelung des Rechts sich interessiren.

Mit der Gefahr des Particularismus ist auch jenes Unwesen verwandt, dem wir leider! häufig genug begegnen. Es ist die Bequemlichkeit, im einzelnen Falle nach vorhandenen Präjudizien des obersten Gerichtshofs zu forschen und ihnen blindlings nachzugehen. Diese Bequemlichkeit tödtet jede selbstständige und gesunde Rechtsforschung und jede frische und freie Entwickelung des Rechts, indem sie nicht nur zum ausschließlichen Träger derselben den obersten Gerichtshof erhebt, sondern auch sehr bald in diesem selbst eine gedeihliche Entwickelung des Rechts durch die Praxis dadurch vernichtet, daß der Gerichtshof, der förderlichen Anregung entbehrend, nun auch nach älteren Präjudizien forscht und sie als unabänderliche Normen für seine Entscheidungen betrachtet.

Die Redaction des Gerichtssaals legt diese Anschauungen als ihr Programm dem gesammten juristischen Publicum Deutschlands vor und fordert es auf, ihr bei der Durchführung desselben behilflich zu sein. Sie giebt sich der frohen Hoffnung hin, daß sie das Bedürfniß der Zeit in unsrer Wissenschaft und Rechtspflege erkannt habe und daß es ihr, d a f e r n ihr die gebetene Beihilfe zu Theil wird, gelingen werde, einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Befriedigung dieses Bedürfnisses zu liefern. Sie wird (wie sie wiederholt) vor allen Dingen d i e A n f o r d e r u n g e n d e r P r a x i s in das Auge fassen und ihr durch die zu liefernden Artikel eine hoffentlich willkommene Unterstützung in ihrer Fortentwickelung gewähren. Sie glaubt, durch eine Aufsuchung und Darstellung der nöthigen Grundelemente der Reformen, sowie durch eine Feststellung und Prüfung der gemeinsamen Principien in den einzelnen Legislationen einen Anhaltepunkt auch für die Arbeiten der Gesetzge-

bungen zu schaffen. Sie glaubt auf diese Weise für eine möglichste Einheit in der Rechtspflege Deutschlands das Ihrige mit beizutragen und den Ruhm deutscher Rechtswissenschaft vor seinem Todfeinde, der particularistischen Trägheit und Seichtigkeit zu schützen.

Der Gerichtssaal soll ein Mittelpunkt für die Aufstellung und Entwickelung gemeinsamer Principien für die Justiz-Gesetzgebung und die Rechtspflege werden und seine Thätigkeit über alle Länder Deutschlands erstrecken. Er will fördernd, vermittelnd, anbahnend und befestigend in das rege Leben der Gesetzgebung und der Rechtspflege eingreifen und keinen Theil unsrer Wissenschaft hierbei aus den Augen verlieren. Er wird ebensowohl das bürgerliche Recht und den bürgerlichen Proceß, als das Strafrecht und das Strafverfahren in's Auge fassen. Er wird hierbei allenthalben die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigen und aus der Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung und in der Praxis das Gemeinsame, das Allgemeine herausziehen und feststellen.

Soviel insbesondere das Strafrecht und den Strafproceß anlangt, so will der Gerichtssaal zugleich eine *Fortsetzung des Archivs für das Criminalrecht*, welches dem *Vernehmen nach von diesem Jahre an nicht mehr erscheinen wird*, sein und durch diesen *Anschluß an das gedachte Archiv* nur um so sicherer zu einem Centralorgan für alle Juristen Deutschlands sich erheben.

Die zeitherige Redaction freut sich zugleich, dem Publicum anzeigen zu können, daß ihr der bisherige Hauptredacteur des Criminalarchivs, Geheime-Rath Mittermaier zu Heidelberg, beigetreten ist und seine, bis jetzt dem Archive gewidmeten Kräfte dem Gerichtssaale zuwenden wird.

Die Redaction des Gerichtssaals ladet zugleich alle zeitherigen Mitarbeiter am Criminalarchive ein, mit ihr sich zu vereinigen und sie durch geeignete Beiträge zu unterstützen und hofft, auch von ihnen als Nachfolgerin der Redaction des Criminalarchivs freundlich anerkannt zu werden.

Indem die Redaction diese allgemeinen Bemerkungen schließt,

hat sie noch die Hauptpunkte zusammenzufassen, um deren Berücksichtigung sie die geehrten Herren Mitarbeiter bittet.

I. Von der Aufnahme ausgeschlossen sind: Erörterungen aus dem bisherigen gemeinen, insbesondere römischen Rechte, soweit sie nicht von practischer, und zwar allgemein practischer Bedeutung sind. Ferner Erörterungen aus dem Gebiete der Rechtsphilosophie und aus der Rechtsgeschichte, da sie, so wenig das Verdienst derselben verkannt werden kann, dem lediglich für die Bedürfnisse der Praxis berechneten Strebziele des Gerichtssaals fremd sind. Ebenso bleibt das Gebiet der Staatsverwaltung, sowie des Staats- und Völkerrechts ausgeschlossen.

II. Dagegen werden Beiträge willkommen sein,

1) welche die practische Bedeutung, die Vorzüge so wie die Mängel und Gebrechen der neuen Reformen darstellen, beziehendlich Vorschläge zur Abhilfe enthalten,

2) welche einzelne Justiz-Gesetze und Gesetzesvorschläge, so wie Erkenntnisse oberster Gerichtshöfe Deutschlands jedoch nur so weit sie allgemein praktisches Interesse beanspruchen, zum Gegenstande der Betrachtung machen,

3) welche Erfahrungen aus dem Gerichtsleben, sei es als Richter oder Staatsanwalt, sei es als Vertheidiger oder Rechtsanwalt, von allgemeiner Bedeutung mittheilen,

4) welche allgemeine Uebersichten über den Stand und die Entwickelung der Gesetzgebung und Rechtspflege in den einzelnen deutschen Ländern liefern, so weit sie von Einfluß für die gemeinsame Fortbildung des Rechts sind.

Mittheilung von Rechtsfällen ist nur insoweit annehmbar, als die letzteren die Einleitung oder den Stoff zu einer Erörterung der vorgedachten Art bilden. Eben so soll die bloße Mittheilung von Erkenntnissen (Präjudizien), insoweit sie nicht gleichfalls den Gegenstand einer allgemein wichtigen Betrachtung bilden (Nr. 2), ausgeschlossen sein.

Hiernächst bittet die Redaction im Allgemeinen dringend, bei allen denjenigen Arbeiten, welche die Gesetzgebung oder die Rechtspflege eines einzelnen Staates zum Ausgangspunkte haben, den Particularismus eben nur als den Ausgangspunkt, dagegen das

Allgemeine und Gemeinsame als den Endpunkt zu betrachten und daher das letztere als den Grundton des ganzen Beitrags festzuhalten. Ein nur in den Grenzen des betreffenden Particularrechts sich bewegender Beitrag würde mit der obenausgesprochenen Tendenz des Gerichtssaals unvereinbar sein.

Und so empfiehlt die Redaction nochmals ihr Unternehmen angelegentlichst dem Wohlwollen und der thätigen Mithilfe der Juristen unsers großen deutschen Vaterlands.

Eichstätt, Wien, Heidelberg und Dresden, den 1. Februar 1858.

**Die Redaction des Gerichtssaals.**

---

Die unterzeichnete Verlagshandlung macht hierdurch bekannt, daß der Gerichtssaal in 6 Heften und zwar in je zwei Monaten eines derselben erscheinen wird. Der Jahrgang (von 6 Heften) kostet 4 fl. 24 kr., oder 2 Rthlr. 16 Sgr. Alle Buchhandlungen Deutschlands nehmen Bestellung an. Beiträge bittet man an einen der Herren Redacteure zu senden. Angemessene Honorirung der Beiträge wird zugesichert und wird das Honorar nach Schluß jedes Bandes ausgezahlt werden. Die Verlagshandlung wird für eine solide Ausstattung der Zeitschrift fortdauernd besorgt sein.

Erlangen, den 1. Februar 1858.

Die Verlagshandlung:

**Ferd. Enke.**

# Inhalt.

Seite

Seite

## II. Rechtsquellen.



## III. Rechtssprüche.

Seite

# Verzeichniß der Herren Mitarbeiter.

Beiträge haben in Aussicht gestellt die Herren:

Professor Dr Anschütz in Bonn.
Professor Dr. Arnold in Basel.
Obergerichtsrath Bähr in Cassel.
Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Berger in Wien.
Sächs. Finanzprocurator und Advocat Beschorner in Dresden.
Geheimer Justizrath Dr. Biener in Dresden.
Hofgerichtsadvocat Bopp in Darmstadt.
Stadtgerichtsrath Borchardt in Berlin.
Geheimer Rath Dr. W. Brauer in Carlsruhe.
Advocat Dr. Braunfels in Frankfurt a/M.
Oberappellationsgerichtsprocurator Dr. Crome in Lübeck.
Ober-Appellationsrath Du Chesne in Dresden.
Professor Dr. Dernburg in Zürich.
Professor Dr. Dietzel in Leipzig.
Oberappellationsgerichtsvicepräsident v. Düring in Celle.
Obergerichtsadvocat Dr. Eller in Mannheim.
Advocat Dr. Euler in Frankfurt.
Geheimer Rath Franck in Darmstadt.
Advocat Frenkel in Leipzig.
Advokat Dr. Fuld in Frankfurt.
Advocat Dr. Gärth in Frankfurt.
Geheimer Justizrath Prof. Dr. Gaupp in Breslau.
Professor Dr. Gengler in Erlangen.
Privatdocent Dr. Goetz in Leipzig.
Stadtrichter Güterbock in Königsberg.
Advocat Dr. Hach in Lübeck.
Hofrath Prof. Dr. v. Hahn in Jena.
Dr. A. Halle, vormaliger Präses des Handelsgerichts zu Hamburg.
Rechtsanwalt Dr. Hambrook in Marienwerder.
Gerichtsassessor Heilborn in Berlin.
Professor Dr. Hillebrand in Zürich.
Hofgerichtsrath Dr. E. Hoffmann in Darmstadt.
Obergerichtsanwalt Huch in Braunschweig.
Amtsrichter Hufschmid in Mannheim.
Professor Dr. Jolly in Heidelberg.
Advocat Dr. Kieffelbach in Bremen.
Geh. Justizrath Prof. Dr. v. Keller in Berlin.
Advocat Dr. Kleinschrod in Frankfurt.
Kreisgerichtsdirektor Dr. C. F. Koch in Neisse.
Prof. Dr. Kuntze in Leipzig.
Hofgerichtsadvocat Kusel in Bruchsal.
Oberhofgerichtsadvocat Dr. Ladenburg in Mannheim.

# Verzeichniß der Herren Mitarbeiter.

Beiträge haben in Aussicht gestellt die Herren:

Professor Dr Anschütz in Bonn.
Professor Dr. Arnold in Basel.
Obergerichtsrath Bähr in Cassel.
Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Berger in Wien.
Sächs. Finanzprocurator und Advocat Beschorner in Dresden.
Geheimer Justizrath Dr. Biener in Dresden.
Hofgerichtsadvocat Bopp in Darmstadt.
Stadtgerichtsrath Borchardt in Berlin.
Geheimer Rath Dr. W. Brauer in Carlsruhe.
Advocat Dr. Braunfels in Frankfurt a/M.
Oberappellationsgerichtsprocurator Dr. Crome in Lübeck.
Ober-Appellationsrath Du Chesne in Dresden.
Professor Dr. Dernburg in Zürich.
Professor Dr. Dietzel in Leipzig.
Oberappellationsgerichtsvicepräsident v. Düring in Celle.
Obergerichtsadvocat Dr. Eller in Mannheim.
Advocat Dr. Euler in Frankfurt.
Geheimer Rath Franck in Darmstadt.
Advocat Frenkel in Leipzig.
Advokat Dr. Fuld in Frankfurt.
Advocat Dr. Gärth in Frankfurt.
Geheimer Justizrath Prof. Dr. Gaupp in Breslau.
Professor Dr. Gengler in Erlangen.
Privatdocent Dr. Goetz in Leipzig.
Stadtrichter Güterbock in Königsberg.
Advocat Dr. Hach in Lübeck.
Hofrath Prof. Dr. v. Hahn in Jena.
Dr. A. Halle, vormaliger Präses des Handelsgerichts zu Hamburg.
Rechtsanwalt Dr. Hambrook in Marienwerder.
Gerichtsassessor Heilborn in Berlin.
Professor Dr. Hillebrand in Zürich.
Hofgerichtsrath Dr. E. Hoffmann in Darmstadt.
Obergerichtsanwalt Huch in Braunschweig.
Amtsrichter Hufschmid in Mannheim.
Professor Dr. Jolly in Heidelberg.
Advocat Dr. Kiesselbach in Bremen.
Geh. Justizrath Prof. Dr. v. Keller in Berlin.
Advocat Dr. Kleinschrod in Frankfurt.
Kreisgerichtsdirektor Dr. C. F. Koch in Neisse.
Prof. Dr. Kuntze in Leipzig.
Hofgerichtsadvocat Kusel in Bruchsal.
Oberhofgerichtsadvocat Dr. Ladenburg in Mannheim.

Advocat Dr. Malß in Frankfurt.
Rechtsconsulent L. Meyer in Reutlingen.
Geh. Justiz- und Oberappellationsrath Prof. Dr. Michelsen in Jena.
Geh. Rath Prof. Dr. Mittermaier in Heidelberg.
Senator Dr. Müller in Frankfurt.
Professor Dr. Nasse in Rostock.
Gerichtssecretär Dr. Pauli in Bremen.
Advokat Dr. Pinner in Amsterdam.
Appellationsrath Dr. Poeschmann in Dresden.
Hofgerichtsrath Dr. Puchelt in Bruchsal.
Handelsgerichtspräsident Dr. Ritter v. Raule in Wien.
Hofrath Prof. Dr. Renaud in Heidelberg.
Professor Dr. Roth in Kiel.
Dr. Rubo in Berlin.
Dr. Schäffle in Stuttgart.
Privatdocent Dr. Schlesinger in Göttingen.
Geheimer Obertribunalsrath Dr. Schütz in Berlin.
Finanzprocurator Dr. Schmidt in Dresden.
Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze in Dresden.
C. Schwebemeyer in London.
Obertribunalsprocurator Seeger in Stuttgart.
Appellationsgerichtsdirector Dr. Seuffert in Nürnberg.
Oberappellationsrath Siegmann in Dresden.
Geh. Rath u. Präsident des Oberhofgerichts Dr. Stabel in Mannheim.
Professor Dr. Stintzing in Erlangen.
Professor Dr. Stobbe in Königsberg.
Professor Dr. Unger in Wien.
Geh. Rath Prof. Dr. v. Vangerow in Heidelberg.
Staatsanwalt u. Privatdocent Dr. G. Vogt in Bern.
Obertribunalsanwalt Volkmar in Berlin.
Dr. Leonhard Wächter, Notar in Hamburg.
Dr. O. Wächter in Stuttgart.
Geh. Justizrath Prof. Dr. Walter in Bonn.
Dr. Weigel in Cassel.
Advocat Dr. Wolffson in Hamburg.
Oberhofgerichtsrath Zentner in Mannheim.

Die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht erscheint jährlich in 3 bis 4 Heften in der Stärke von circa 8 Bogen. Der Preis eines Heftes wird 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr. betragen. Bestellungen nimmt jede Buchhandlung des In- und Auslandes an.

Beiträge werden portofrei an den Herausgeber erbeten, und im Falle der Aufnahme mit 21 fl. oder 12 Thlr. per Druckbogen honorirt.

I.

Ueber die

## wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts

und

## den Zweck dieser Zeitschrift.

Vom

Herausgeber.

Die Wissenschaft des Handelsrechts ist gegenwärtig in einem erfreulichen Aufschwung begriffen. Es ist bedeutsam und leicht erklärlich, daß derselbe mit einer großen, lang ersehnten nationalen That zusammentrifft: einem umfassenden Gesetzgebungswerk, welches der beklagenswerthen und auf diesem Gebiete vorzugsweise empfindlichen Verschiedenheit deutschen Rechts ein Ende zu machen bestimmt ist. Der Zusammenhang dieser Erscheinungen ist kein äußerlicher. Wie die Wucht der wirthschaftlichen Interessen den centrifugalen Hang der deutschen Stämme und Regierungen, welcher alle unsere Einheitsbestrebungen kläglich scheitern ließ, in die entgegengesetzte Bahn zwingt, so vermag sie auch den widerstrebenden Sinn des deutschen Juristenstandes zur eingehenden Prüfung der Rechtsprinzipien zu bestimmen, nach welchen unser heutiges Verkehrsleben sich regelt. Es läßt sich nicht vornehm ignoriren was auf Schritt und Tritt begegnet, und jeden Denkenden zum Nachdenken anregt.

Mochten noch vor einem Menschenalter die Meister unserer Wissenschaft es unter ihrer Würde halten, den Erscheinungen der Gegenwart ihre fruchtbringende Aufmerksamkeit zuzuwenden

oder mochten sie, was wir lieber annehmen wollen, es für ihre nächste Aufgabe erachten, die Grundpfeiler des Privatrechts durch kritisch-historische Forschung zu sicherem Weiterbau bloszulegen: in beiden Beziehungen läßt sich ein Umschwung der Ueberzeugungen nicht verkennen, welcher dem Handelsrecht in besonderem Maaße zu Gute kommt.

Es ist Zeit. Große Abschnitte sind noch immer völlig unbearbeitet, andere kaum in ihren Grundzügen entwickelt, für andere kaum erst das Material mehr oder weniger kritisch gesammelt. Genügende monographische Darstellungen — durch welche ja der wahre Fortschritt der Wissenschaft vorzugsweise ermöglicht wird — vieler wichtiger Institute fehlen noch gänzlich, selbst von solchen, welche schon seit vielen Jahrhunderten in anerkannter Wirksamkeit bestehen, wie vom Kauf, der Handelssocietät, dem Commissions- und Speditionsgeschäft, dem Frachtvertrag. Die Pflege des Handelsrechts auf den Pflanzstätten der Wissenschaft, den deutschen Universitäten, steht noch gegenwärtig außer allem Verhältniß zu der Wichtigkeit dieses Rechtszweiges. Einen eigenen Lehrstuhl hat derselbe, meines Wissens, nirgends; Spezialvorträge darüber sind verhältnißmäßig selten; ob und in welchem Umfange er als Theil des „deutschen Privatrechts", dem man ihn zugewiesen hat, Berücksichtigung findet, hängt von der Individualität und der Richtung der Lehrenden ab. Auf die gerade hier so wichtigen und schwierigen Streitfragen einzugehen, verbietet meist schon die Kürze der ihm gewidmeten Zeit.

Sobald ein Wissenschaftszweig, sich in die Breite und die Tiefe ausdehnend, zur selbstständigen Entwickelung gelangt ist, erheischt er nothwendig ein eigenthümliches Organ, welches den Ueberblick im Ganzen wie in jedem einzelnen Theile ermöglicht, den jedesmaligen Stand der Forschung und die Ergebnisse der Praxis klar abspiegelt, und die Veröffentlichung auch kleinerer Abhandlungen gestattet, welche sonst gar leicht, wo nicht ungeschrieben, doch unverbreitet geblieben wären. Auch wird hier nicht zum erstenmal versucht, diesem Bedürfniß entgegenzukommen, wohl aber von einem weiteren, und, wie ich hoffe, fruchtbareren Gesichtspunkt aus, als bisher.

Die erste deutsche handelsrechtliche Zeitschrift, das „Archiv für das Handelsrecht, herausgegeben von einigen hamburgischen Rechtsgelehrten" (1818 — 1820 2. Bde.) ist nach nur 3 jährigem Bestande eingegangen. So verdienstlich dieses Unternehmen an sich war, dessen Bedeutung für das deutsche Handelsrecht wir noch weiter unten würdigen werden, so war es doch durchaus ungeeignet, demselben als Organ zu dienen. Es beschränkte sich auf die Darstellung und Beleuchtung der wichtigsten „vor dem Hamburger Handelsgericht verhandelten Rechtsfälle", trug also nicht allein einen durchaus partikulären Charakter, sondern verzichtete auch auf die selbstständige und allseitig wissenschaftliche Erörterung handelsrechtlicher Gegenstände. Denn in den Rechtsfällen erscheint „die rechtliche Prüfung vorzugsweise nur einzelnen Seiten der vorliegenden Sache zugewendet, und so mancher, bei einer allgemeinen Betrachtung einer handelsrechtlichen Frage als nicht unerheblich, sogar als zweifelhaft hervortretende Punkt bleibt dunkel und unerörtert *)."

Ebenso berücksichtigte die „Hamburgische Monatsschrift für Politik, Handel und Handelsrecht, herausgegeben von C. W. Asher" (1. Jahrg. Bd. 1. 2. Zweiter Jahrg. Heft 1 — 4. Dritter Jahrg. Heft 1. 1834—1836) das Handelsrecht im Wesentlichen nur durch Mittheilung Hamburgischer Rechtsfälle, an welche sich theoretische Erörterungen von sehr verschiedenem Umfang reihten.

Die nächstfolgende Zeitschrift, das „Archiv für das Preußische Handels- und Wechselrecht, herausgegeben von Gräff" (Bd. 1. 1844—1845 Bd. 2. Heft 1. 1848) theilt vorzugsweise Preußische Gesetze und Rechtssprüche mit und commentirt dieselben; unter den wenigen selbstständigen Abhandlungen, welche nur das einheimische Recht berücksichtigen, ist keine von bleibendem wissenschaftlichem Werth.

In weit höherem Grade als die vorhergehenden entsprach Gelpke's „Zeitschrift für Handelsrecht" (Heft 1 — 3. 1852.

---

*) Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht. Erstes Heft. S. IV.

1853) den Anforderungen eines wissenschaftlichen Organs, und es muß tief beklagt werden, daß der Tod des geistvollen Herausgebers das kaum begonnene Werk so frühzeitig unterbrach. Reiche Erfahrung und lebendige Anschauung des Handelslebens verleihen seinen Erörterungen und legislativen Vorschlägen einen großen Reiz selbst da, wo die besonnen prüfende Forschung des bestehenden Rechts, wie der Bedürfnisse des Handelsverkehrs die gewonnenen Resultate als unhaltbar bezeichnen muß und den Mangel scharfer juristischer Auffassung, wie eine unbefangene Würdigung des gemeinen deutschen Handelsrechts mit Bedauern vermißt. Dennoch, und zwar abgesehen von der vorzugsweisen Berücksichtigung der Preußischen Praxis und Gesetzgebung, deren Förderung Hauptzweck der Zeitschrift war, hat dieselbe auf diese Bezeichnung um deswillen keinen Anspruch, weil ihr das wesentliche Element einer Zeitschrift abging: das Zusammenwirken verschiedener Kräfte, deren Beiträge nicht allein die verschiedenen Individualitäten, sondern auch die mehrfachen Richtungen der Wissenschaft repräsentiren. Gelpke aber hat alle seine Aufsätze selbst geschrieben, er hat nicht eine Zeitschrift, sondern, unter diesem Namen, eine Reihe von Abhandlungen in zwanglosen Heften herausgegeben.

Indem so zum ersten Mal*) der Versuch gewagt wird, den vielen bestehenden Organen deutscher Rechtswissenschaft eine be-

*) Seitdem dieses gedruckt worden, hat man auch andererseits Seite versucht, dem dargelegten Bedürfniß entgegenzukommen. Das seit 1850 zu Leipzig erscheinende „Archiv für deutsches Wechselrecht," herausgegeben von Siebenhaar und Tauchnitz, hat mit dem ersten Hefte des sechsten Bandes sich bereit erklärt, auch Aufsätze aus anderen Theilen des Handelsrechts aufzunehmen, und mit dem so eben ausgegebenen dritten Hefte desselben Bandes den Titel „Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht" angenommen. Von einer zu Hamburg erscheinenden Zeitschrift, „Neues Archiv für Handelsrecht," herausgegeben von Voigt und Heinichen, welche nach dem Prospekt sich an das oben besprochene ältere Hamburger Archiv anschließt, ist das erste Heft ausgegeben. Endlich hat Dr. G. M. Kletke eine „Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten deutschen Gerichtshöfe in Handelsrechtssachen" angekündigt.

sondere Zeitschrift für das Handelsrecht anzureihen, und dadurch auch einer immer lästiger empfundenen äußerlichen Zersplitterung der einschlägigen wissenschaftlichen Leistungen in unzählige gemeinrechtliche und partikuläre Zeitschriften ein Ziel zu setzen, erscheint es als die Pflicht des Herausgebers, die Gesichtspunkte darzulegen, welche er behufs Erreichung seiner Aufgabe zu verfolgen gedenkt. Ein Rückblick auf die Entwickelungsphasen der Handelsrechtswissenschaft dürfte die Erkenntniß dieser Aufgabe erleichtern. Vielleicht, daß derselbe den weiteren Zweck erfüllt, die noch immer gänzlich fehlende litterärgeschichtliche Behandlung dieses Rechtszweiges anzubahnen. —

Man hat die auf den Handelsverkehr bezüglichen Bestimmungen der Römischen Rechtsquellen dürftig gescholten, und einen Grund dafür in dem alten Vorurtheil*) gesucht, daß der Römische Handel, selbst nach dem Maaßstabe des Alterthums, von geringfügigen Dimensionen, der Römische Geist grundsätzlich dem Handel abgeneigt, das Römische Recht auf die kleinlichen Dimensionen eines Ackerbaustaates berechnet gewesen wäre. Die Behauptung selbst ist insofern richtig, als das Römische Recht gar wenige dem Handelsverkehr eigenthümliche Rechtsinstitute enthält, allein nicht darum, weil es für diesen keine Norm gehabt hätte,**) sondern weil das gesammte Römische Vermögensrecht, insbesondere das Obligationenrecht, mit vorzugsweiser Berücksichtigung des umfassendsten internationalen Handelsverkehrs und nach dessen Bedürfnissen ausgebildet worden ist. Zur Befestigung dieses Irrthums haben allerdings zwei bemerkenswerthe Thatsachen beigetragen.

Wir kennen das Römische Recht wesentlich nur in der Gestalt, in welche es die späteste Kaiserzeit gebracht hat, zur Zeit des tiefsten wirthschaftlichen wie politischen Verfalls, da manche ehemals hoch-

*) Es genügt zur Widerlegung auf Mommsen's meisterhafte Darstellung der Römischen Verkehrsverhältnisse zu verweisen: Römische Geschichte I. Buch I. cap. 11. 12. Buch III. cap. 13. II. Buch IV. cap. 11. III. Buch V. cap. 11; und auf Jhering's Geist des Röm. Rechts II. S. 99. 100. 249 — 255.

**) Wie z. B. Büsch Darstellung der Handlung Buch V. cap. 9. §. 3. behauptet.

wichtige Institute gar nicht oder kaum noch dem Namen nach bekannt waren. Es mag hier beispielsweise an das für den Geldverkehr so einflußreiche Hausbuchwesen, an die großen Societäten mit Corporationsrechten erinnert werden, deren Organismus eine so überraschende Aehnlichkeit mit den heutigen Aktiengesellschaften zeigt. Aus dieser Epoche des Verfalls schreibt sich auch die volle Ausbildung des unbegreiflich zweckwidrigen Hypotheken- und Concursrechts her, welches der Begründung eines gesunden Personal- wie Realcreditsystems gleichmäßig entgegensteht.

Noch einflußreicher erscheint in dieser Beziehung die vielbewunderte Methode der Römischen Juristen, in deren auch casuistischen Darstellungen nur diejenigen thatsächlichen Momente mitgetheilt werden, welche zum unmittelbaren Verständniß des maaßgebenden oder zu entwickelnden Rechtssatzes erforderlich scheinen. Indem so von einem jeden Thatbestand nur die juristisch relevanten Umstände hervorgehoben werden, übersieht man leicht, daß die aufgestellten Rechtssätze auch auf einen scheinbar sehr viel reicheren und complicirteren Thatbestand berechnet sind. So erklärt sich die häufige Erscheinung, daß vermeintlich durchaus eigenthümliche moderne Verkehrsverhältnisse, auf ihren juristischen Kern zurückgeführt, bereits in den Römischen Quellen die geeignete Norm finden.

Die Aufnahme dieses im Verlauf seiner Entwickelung immer mehr denationalisirten Rechts in das Europäische Culturleben fiel in die Zeit der städtischen Blüthe und der Anfänge eines umfassenden auswärtigen Verkehrs. Was bis dahin von eigenthümlichen Handelsrechtsnormen sich in Europa entwickelt hatte, erscheint verhältnißmäßig überaus dürftig, ausgenommen allein die große Zahl seerechtlicher Gewohnheiten, welche theils in die Stadtrechte Aufnahme fanden, theils unter dem Namen von Schiffs- oder Seerechten privatim oder offiziell gesammelt und redigirt wurden. Die schon früh vorkommenden See- und Handelsgerichte, die unter Mitwirkung kaufmännischer Schöffen insbesondere in internationalen Streitigkeiten und mit Vermeidung der rohen Formen des damaligen bürgerlichen Prozesses entschieden, haben sicherlich die rechtliche Anerkennung manchen internationalen Handelsbrauchs wesentlich gefördert, indessen auch sie be-

rufen sich nur allzuhäufig auf die Römischen als die natürlichen und gemeinen *) Rechtssätze. Waren es doch gerade die großen Städte, welche im Gegensatz zum Bauern- und Adelsstande die Verbreitung des „kaiserlichen Rechts" am eifrigsten förderten, weil es der Freiheit des bürgerlichen Verkehrs und der unbeschränkten Vermögenscirculation ebenso günstig war, wie es durch seine innere Vollendung und seine Reichhaltigkeit nicht allein die leitenden Prinzipien für die Praxis, sondern auch ein zur unmittelbaren Anwendung geeignetes Material darbot. In diesem Sinne zeichneten sich die norddeutschen Handelsplätze, namentlich Lübeck, durch ihre Sorge für die Errichtung von Lehrstühlen des Römischen Rechts auf den neugegründeten Universitäten aus.

Die erste wissenschaftliche Pflege ward den handelsrechtlichen Instituten in den Schriften der Italienischen Juristen zu Theil. Deren Darstellung trägt durchweg ein romanistisches Gepräge, selbst dann noch, da die Ausscheidung des Handelsrechts als eines besonderen Rechtszweiges bereits vollendet war, wie in den Schriften des Straccha, Raphael de Turris, Scaccia, de Luca, Ansaldis und selbst des scharfsinnigen und erfahrenen Casaregis, welcher überdies, in noch höherem Grade als seine Vorgänger, in den scholastischen Formen der Bartolinischen Schule befangen ist. Weit entfernt, die Unanwendbarkeit des Römischen Rechts für die Verhältnisse des neueren Handelsverkehrs zu behaupten, suchten diese vielgefeierten Praktiker selbst solche Institute, welche ihren Ursprung oder ihre besondere Gestaltung unzweifelhaft dem modernen Rechtsbewußtsein verdankten, so gut oder so schlecht es anging, unter die Regeln des Corpus juris zu pressen, oder doch nach deren Analogie juristisch zu construiren. Für die allgemeinen Lehren des Handelsrechts indessen gebührt ihnen das große Verdienst, diese Regeln durch geschickte Benutzung fruchtbar gemacht zu haben.

Deutschland hat nicht allein viele seiner Handelsinstitute, wie den Wechsel, die Banken, die Buchführung, sondern auch deren rechtliche Gestaltung großentheils von den Italienern entlehnt. Die deutsche Reichsgesetzgebung hat für das Handelsrecht

---

*) Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis 26. S. 119.

nichts gethan, die zahlreichen Partikulargesetze haben mehr die polizeilichen Verhältnisse und einzelne Spezialzweige, namentlich das Wechsel- und Assekuranzrecht und den Prozeß, als das allgemeine Handelsrecht geregelt. Die Deutschen Juristen stehen hier in noch höherem Grade als sonst auf den Schultern der Italienischen. So namentlich der Lübische Senator Johann Marquardt, dessen Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari (1662), indessen das eigenthümliche Verdienst gebührt, durch umfassende Berücksichtigung der Deutschen Partikularrechte und der handelsrechtlichen Satzungen fast des gesammten Europa dem modernen Handelsgewohnheitsrecht eine breitere und universalere Grundlage geschaffen zu haben.

Die fast gleichzeitige Inauguraldissertation von Lucas Langermann de jure in curia mercatorum usitato (1655), welche unter Lauterbach's Namen citirt zu werden pflegt, ist ihrer Anlage nach nur eine kurze Uebersicht der wesentlichsten vom Civilrecht abweichenden Normen des Handelsrechts, und der hierüber bestehenden Controversen, theilt jedoch mit Marquardt den universalen Standpunkt.

Dieser ersten Periode der Deutschen Handelsrechtswissenschaft gehört auch Marperger's Neueröffnetes Handelsgericht (Hamburg 1709) an, in welchem freilich die umfassend gestellte Aufgabe wenig genügend gelöst wird. Auch er berücksichtigt noch das Römische Recht durchweg, und erklärt bei Aufzählung der Quellen des geltenden Handelsrechts (S. 171):

„Aus welchen jetzt erzählten Titulis und deren allegirten „Stellen genug erhellet, wie die Römische Republik die Aufnahme „der Commerciorum und daß eine richtige Ordnung in denselbigen möchte gehalten werden, sich habe angelegen sein lassen; „in massen dann der meiste Theil solcher Römischen Commerciengesetze (und als solche führt er fast sämmtliche dem Obligationenrecht und viele dem Sachenrecht angehörigen Titel der Pandekten und des Codex auf) noch heutigs Tags in unseren Judiciis in Observantz gehalten wird."

Gleiches gilt von dem letzten Werk dieser Periode, der ziemlich umfassenden Darstellung des Handelsrechtes in v. Rohr's Vollständigem Haushaltungsrecht (2. Aufl. 1738). Buch XI. „von

Commerciensachen," dessen erstes und umfassendstes Capitel namentlich durchweg Römisches Recht bringt. —

Tritt schon in den bisher besprochenen Schriften der Gesichtspunkt hervor, dem Handelsrecht, als dem Recht eines besondern Standes, eine Ausnahmestellung gegenüber dem Römischen Recht, als dem gemeinen Civilrecht, anzuweisen, so finden wir diese Auffassung seit dem Beginne des vorigen Jahrhunderts mit besonderer Energie vertreten, und für das weitere Schicksal unserer Wissenschaft verhängnißvoll.

Als die so folgenreiche wissenschaftliche Sonderung der einheimischen Bestandtheile unseres Privatrechts von den ursprünglich fremden Römischen und Canonischen Elementen eintrat, fielen auch die den Handelsverkehr beherrschenden Rechtsnormen nach ihrem Ursprung in zwei Hälften auseinander: die wirklich oder vermeintlich moderne wurde dem „Deutschen Privatrecht" zugewiesen, die Römisch rechtliche verblieb den „Pandekten" und bildete in diesen einen ungesonderten Bestandtheil des Vermögens-, namentlich des Obligationenrechts. Freilich übersah man bei dieser Theilung, daß selbst die modernen Bestandtheile des Handelsrechts in wesentlichen Beziehungen sich von den übrigen Instituten des Deutschen Privatrechts unterscheiden: einmal darin, daß sie nicht spezifisch Germanischen, sondern wesentlich Europäischen Ursprungs sind, und schon durch die Verschiedenartigkeit ihrer Quellen der Verbindung mit den eigentlich einheimischen Rechtslehren erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Ist doch erst in neuerer Zeit der Versuch gemacht worden, diese Verbindung auch wissenschaftlich zu begründen*). Sodann, daß die einzelnen handelsrechtlichen Institute durch eine gemeinsame wirthschaftliche Bestimmung zusammengehalten, und nur in ihrem innern Zusammenhang richtig gewürdigt werden können, ein Auseinanderreißen des innerlich Zusammengehörigen nach zufälligen historischen Gesichtspunkten somit gerade hier besonders bedenklich sein mußte, zumal das geltende Recht von dem Rö-

*) Die modernen Verkehrsinstitute bildeten einen zweiten, nothwendigen Bestandtheil des Deutschen Privatrechts, z. B. Bluntschli Deutsches Privatrecht I. S. 4. 14.

mischen nicht selten nur in einzelnen, juristisch wenig erheblichen Punkten abweicht. Um so schlimmer als man sich daran gewöhnte, in dem an das Deutsche Privatrecht abgegebenem Theil das ganze Handelsrecht zu sehen.

Zugleich ging durch diese Behandlung der weite Gesichtskreis verloren, von welchem aus die Italienischen und selbst die älteren Deutschen Juristen das Handelsrecht bearbeitet hatten. War es bis dahin vorzugsweise als das Recht der Handelsgeschäfte, nicht des Kaufmannsstandes gepflegt worden, so schrumpfte es nun zu einem Standesrecht der Kaufleute, zu einem der vielen „besonderen Deutschen Privatrechte" zusammen*), meist mit überaus dürftigem Inhalt. Manche beschränkten dabei das „Handelsrecht" auf eine Darstellung der großentheils dem öffentlichen Recht und dem Prozeß angehörigen Verfassung und Privilegien der Handeltreibenden, oder zogen wohl auch gar die städtischen Privilegien, das Stapel- Krahn- und Einlagerrecht, dahin, während sie die Handelsgeschäfte mehr oder weniger vollständig, meist jedoch mit willkührlicher Auswahl des Wechselvertrags, der Assekuranz und einzelner Theile des Seerechts, in das System des allgemeinen Vertragsrechts einreihten**),

---

*) Beyer Specimen juris Germanici (1728) lib. I. cap. 14. 18. Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte (1785). Bd. I. Einl. S. 8. Bd. III. S. 132 — 251. Auch Neuere, obwohl mitunter vollständiger z. B. Diek Grundriß des Deutschen Privatrechts. (1826) §. 420 — 512. Philipps Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts 2. Aufl. (1839) Bd. II. §. 276 — 318 und viel umsichtiger, wie Mittermaier Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts 7. Aufl. (1847) Bd. II. §. 530 — 576; Kraut Grundriß §. 331 — 399. Beseler System des gemeinen Deutschen Privatrechts Bd. III. (1855) §. 213 — 255.

**) z. B. Heineccius elementa juris Germanici (ed. 3. 1746.) §. 116 — 120. 326. 330 — 333. 335 — 340. Engau elementa juris Germanici civilis (ed. 3. 1748) lib. I. tit. 8 §. 199 — 205 lib. III. tit. 3. §. 22 — 30. 128 — 130. 142 — 151. 186 — 213. 221 — 223. 225 — 226. Selchow institutiones jurisprudentiae German. (1755) §. 113—115. 356. 358. 359. 368—382; elementa juris Germanici privati (5. Aufl. 1775.) §. 324 — 330. 595. 598. 599. 608 — 622. Eisenhart institut. juris German. privati (ed. 3. 1775) lib. I. tit. 5 §. 9—11, lib. III. tit. 10. §. 2. 7. tit. 11. §. 9 — 21. tit. 17.

wie selbst Runde, obwohl dieser ganz richtig das Handelsrecht nicht zu den persönlichen, sondern zu den sachlichen Spezialrechten zählt (Grundsätze §. 8). Diese Scheidung ist für eine systematische Darstellung des Deutschen Privatrechts vollkommen begründet, allein für das Handelsrecht verhindert sie jede Einsicht in den wahren Zusammenhang seiner einzelnen Theile. Jedenfalls aber muß alsdann für die Darstellung der kaufmännischen Sonderrechte der ganz unpassende Name eines „Handelsrechts" aufgegeben werden, wie dies ganz consequent von Neueren, z. B. von Gengler und Walter geschehen ist, falls man nicht mit Gerber und Bluntschli so weit gehen will, dieselben ganz aus dem System zu verbannen.

Noch bedenklicher und willkührlicher freilich war es, wenn Eichhorn zwar das Versicherungsrecht, das Wechselrecht und die Bodmerei im Recht der Forderungen behandelt, dagegen im „Recht des Handels und der Schifffahrt", welchen er zusammen 7 §§. widmet, neben den Standesrechten auch einige Handelsgeschäfte darstellt. Hier ist jeder leitende Gesichtspunkt verloren. —

Unter diesen Mißständen hatte vorzugsweise das Allgemeine Handelsrecht und zum Theil das Seerecht zu leiden, während Wechsel- und Versicherungsrecht als einheitliche und überdies durchweg moderne Institute vor denselben mehr geschützt blieben, und mehrfach monographisch bearbeitet wurden: von Heineccius, Siegel, Püttmann, Sieveking, Surland, Wedderkop, Magens und Anderen.

Erst zu Ende des vorigen Jahrhunderts beginnt, nach fast 80 jähriger Unterbrechung, eine wenigstens äußerlich selbstständige Behandlung des gesammten Handelsrechts — allein sie zeigt in jeder Beziehung wesentliche Rückschritte. Es ist eine beachtenswerthe Thatsache, daß in den langen Zeitraum von 1709 bis 1824 nur 3 Darstellungen dieser Art fallen, darunter zwei ganz ungenügende jetzt mit Recht verschollene kurze Versuche, Compilationen elendester Art, weder befruchtet von der Erfahrung eines großartigen Verkehrslebens, noch durchdrungen von der geistigen Schärfe theoretischer Forschung, unter denen Musaeus (Anfangsgründe des Handlungs- und Wechselrechts 2. Auflage. Hamburg 1799; in erster Auflage waren das

Handlungs- und das Wechselrecht getrennt erschienen 1785, 1774, 1777) dem Versicherungsrecht nur 2 §§. widmet; Lobethan (Grundsätze des Handlungsrechts 1795) eigentlich nur das Allgemeine Handelsrecht darstellt. Vollständiger und in jeder Beziehung bedeutender ist freilich der „Grundriß des Handelsrechts, insbesondere des Wechsel- und Seerechts" von G. F. von Martens (Göttingen 1797, 1805, 1820), doch sind von den 238 §§. desselben nur die ersten 45, oder ebenfalls 53 §§. dem allgemeinen Handelsrecht gewidmet, und der berühmte Rechtslehrer selbst will diesen Abschnitt nur als kurze Einleitung betrachtet wissen, indem er von dem entschieden irrigen Gesichtspunkt ausgeht, daß Wechsel- und Seerecht „die beiden Haupttheile dieser Wissenschaft" seien.

Bezüglich der Methode hatte die Anlehnung selbst der modernen Rechtserscheinungen an die Römischen Quellen neben vielen Nachtheilen auch den einen Nutzen gestiftet, die Bearbeiter dieses Rechtszweiges zu dem Versuch einer juristischen Begründung zu nöthigen — an deren Stelle begnügte man sich nun mit einer weder juristisch noch auch nur wirthschaftlich genügenden Beschreibung der darzustellenden Institute. Die durch Savary's und Büsch's Verdienst aufstrebende Handelswissenschaft hätte der Ausbildung und Vertiefung des Handelsrechts reiche Frucht bringen müssen durch vermehrte Einsicht in die ökonomischen Zwecke der einzelnen Rechtslehren. Aber sie bahnte anfänglich höchstens eine wenig befriedigende, durchaus einseitige Kritik derselben an. Das Handelsrecht sank zu ihrer Dienerin herab, man begann die geltenden Prinzipien desselben in den Schriften von Savary und Bohn, von Ludovici und Büsch zu suchen. Mit einer vollständigen Verkennung der Natur aller Rechtsbildung, und der gewohnheitlichen insbesondere ging eine durchaus unklare übertriebene Vergötterung des kaufmännischen Gewohnheitsrechts, der Usance, Hand in Hand — und, was vor Allem nachtheilig wirkte, ohne alle Scheidung ihrer faktischen und ihrer rechtlichen Gestaltung, ohne auch nur den Versuch, Gewordenes vom Werdenden zu sondern. (Büsch Ueber Handlungsusancen in Büsch's und Ebeling's Handlungsbibliothek I. S. 241 — 271. 660 — 681). An die Stelle

abstrakter und vielfach unlebendiger romanistischer Construktion tritt nun ein seichtes ökonomisches Raisonnement ohne jeden juristischen Halt. Nicht in der Praxis, wohl aber in der Wissenschaft, geräth die Existenz eines positiven gemeinen Handelsrechts, insbesondere seiner Römischen Elemente, in Vergessenheit, und eine unvollkommene vergleichende Jurisprudenz versucht dessen Stelle einzunehmen. Denn das wirklich im Bewußtsein des Handelsstandes lebende Recht zu ermitteln, dazu war jene Zeit völlig außer Stande, und in thörichtem Eifern gegen das Römische Recht vergaß sie nur allzusehr, daß ein großer Theil desselben gerade hier viele Jahrhunderte lang ohne jede Anfechtung gegolten und im Bewußtsein der Nation feste Wurzeln geschlagen hatte.

Während Fischer, Musaeus, Lobethan unter den Quellen des Handelsrechts „einige brauchbare Stellen des Römischen Rechts," „etwas weniges aus den Römischen Gesetzen," „einige Römische Rechtstexte" nennen, stellt Runde, ganz auf Büsch's Standpunkt eingehend, den unwahren Satz auf, daß „die eigentlichen Handlungsrechte sich mehr auf den Handlungsgebrauch und die richtigen Begriffe von der wahren Natur der Handelsgeschäfte, als auf allgemeine gesetzliche (d. h. nach damaligen Begriffen, positivrechtliche sowohl dispositive als absolute) Bestimmungen stützen."

Martens wäre wohl im Stande gewesen, die richtige Methode, welche er klar genug erkannte, durchzuführen, allein er wandte sich nur allzubald vom Handelsrecht ab, und die späteren Auflagen seines Grundrisses (1805. 1820) brachten zu dessen dürftigem Inhalt nichts als einzelne Berichtigungen und Litteraturnotizen hinzu. „Eine vollständigere Entwickelung des Handelsrechts" erklärte er in der Vorrede zur dritten Ausgabe „anderen Händen überlassen zu müssen."

Die Neubelebung der Rechtswissenschaft durch die erfolgreichen Bemühungen der historischen Schule brachte zunächst dem Handelsrecht keine Frucht. Nicht einmal die geschichtliche Forschung, welche Martens im Gebiet des Wechselrechts angebahnt hatte (1797), wurde aufgenommen. Die nationalökonomische Richtung blieb zunächst eine Phrase. Die Stellung des gemeinen

Handelsrechts wurde zweifelhafter als je, nachdem Preußen durch das Allgemeine Landrecht ein umfassendes und für seine Zeit bedeutendes Handelsrecht erhalten, das ganze überrheinische Deutschland und Baden die französische Gesetzgebung angenommen hatte, für Oesterreich in dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch eine neue Basis für sein nur dürftig entwickeltes partikuläres Recht gewonnen war.

Inzwischen hatte in Frankreich die nie unterbrochene handelsrechtliche Litteratur auf der Grundlage des Code de commerce neue Blüthen getrieben. Das klassische, durch systematische Vollständigkeit und Eleganz der Darstellung gleich ausgezeichnete Werk von Pardessus (cours de droit commercial, zuerst 1814, 6. Aufl. 1856), die tief eingehenden kritischen Erörterungen des erfahrnen Vincens (Exposition raisonnée de la législation commerciale 1821) fanden schnell in Deutschland Eingang, und bei dem elenden Zustand der einheimischen Handelsrechtswissenschaft ebenso eifrige Bewunderung als Benutzung*). Diesen Zustand repräsentirt getreu genug das erste größere Werk, welches nach 120jährigem Zwischenraum über das allgemeine Handelsrecht Deutschlands erschien: Bender's Grundsätze des engeren Handlungsrechts (Darmstadt 1824), welche in seltsamster Art zwischen handelswissenschaftlicher, handelsgeschichtlicher und handelsrechtlicher Darstellung, zwischer der Berücksichtigung gemeiner Quellen und blinder Abhängigkeit von Deutschen Partikularrechten und der französischen Gesetzgebung und Litteratur schwanken. Zu einer wissenschaftlichen Construktion der Handelsrechtssätze wird in dieser Erstlingsarbeit des fleißigen Verfassers kaum der Anfang gemacht. Um so auffallender, da der wesentliche Inhalt dieses Werks den handelsrechtlichen Vorträgen des berühmten Pandektisten und späteren Präsidenten des

*) Das gilt, obwohl in minderem Grade, auch von der späteren sehr reichen, doch an Werth sehr ungleichen, handelsrechtlichen Litteratur Frankreichs. Sie trägt einen vorzugsweise für die Praxis bestimmten Charakter und statt tieferer juristischer Begründung finden wir hier in der Regel ein sorgfältiges Eingehen in das reiche Detail und eine wohlthätige Kritik der gerichtlichen Entscheidungen, wie des Kassationshofes, so der Gerichte zweiter und sogar erster Instanz.

Lübecker Oberappellationsgerichts, Georg Arnold Heise entlehnt sein soll*), welcher an der tieferen und quellenmäßigen Behandlung des Römischen Rechts einen so wesentlichen Antheil hatte. —

Die Wiedergeburt des Deutschen Handelsrechts, mit welcher die steigende Blüthe des deutschen Verkehrs zeitlich zusammenfällt, und die dritte Epoche unserer Wissenschaft beginnt, ging von den freien Städten aus, deren ausgebreitete Handelsbeziehungen die Vernachlässigung eines praktisch so wichtigen Rechtszweiges schmerzlich vermissen ließen.

In dem mit Hamburg engverbundenen Altona hatte bereits zu Anfang des Jahrhunderts der erfahrene Jakobsen auf die bedeutsame Französische und namentlich Englische Praxis hingewiesen, und in seinem „Seerecht des Friedens und des Krieges" (1815), wie in der „Neuen Sammlung handelsrechtlicher Abhandlungen" (1823) fleißig benutzt. Zu einem kritischen Neubau des gesammten Seerechts fehlte ihm freilich, wie seinen Nachfolgern, das unumgängliche historische Rüstzeug durchaus.

Auch hatte schon 1805 der Hamburger Benecke sein noch immer unentbehrliches „System des Assekuranz und Bodmereiwesens" herausgegeben, in welchem, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Gesetze wie der Praxis aller handeltreibenden Völker, und fast nur zu genauer Benutzung seiner Vorgänger, ein tüchtiger Anfang gemacht wurde, aus der „Natur der Sache" neue Entscheidungsnormen zu gewinnen, und die Prinzipien des geltenden Rechts zur klaren Erkenntniß zu bringen.

Die Einsetzung des Hamburger Handelsgerichts (Februar 1816) förderte die Handelsrechtswissenschaft zunächst durch das gesteigerte Interesse, welches sie auch außerhalb Hamburg's für die handelsgerichtliche Praxis erweckte. Aus dem trefflichen „Archiv für das Handelsrecht", welches in seinem Gefolge entstand, und, leider nur zu kurze Zeit, unter eifriger Mitwirkung der tüchtigsten Hamburgischen Juristen eine Reihe belehrender Rechtsfälle mit gründlichen theoretischen Erörterungen brachte (1818 — 1820) weht der frische Hauch eines bewegten Handelstreibens und un-

*) Vgl. Georg Arnold Heise. Mittheilungen aus dessen Leben, gesammelt von Dr. W. v. Bippen. Halle 1852. S. 271. 272.

mittelbar gewonnener reicher Erfahrungen. In den allgemeinen Materien tritt das Römische Recht wieder in die ihm gebührende Stellung.

Ein besonders folgenreiches Ereigniß war die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts für die vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck (13. November 1820). Hier war ein Mittelpunkt für die Praxis jener bedeutenden, sämmtlich dem gemeinen Recht angehörigen Handelsstädte gewonnen, und die Besetzung der Richterstellen mit ausgezeichneten Gelehrten sicherte die zwar stets zu erstrebende, im Handelsrecht jedoch geradezu unentbehrliche Verbindung von Theorie und Praxis. Neben der großen Reihe vortrefflicher Urtheile, welche nun erst allmählich in verschiedenen Sammlungen zu Tage treten und häufig der theoretischen Forschung ganz neue wichtige Gesichtspunkte eröffnen, verdankt die Wissenschaft diesem höchsten Gerichtshof auch die klassischen handelsrechtlichen Abhandlungen Cropp's (Juristische Abhandlungen I. II. 1827. 1830), wie später dem Preußischen Obertribunal, außer dessen nicht minder bedeutsamen Erkenntnissen, die oben erwähnte Zeitschrift Gelpke's. Diese Aufsätze sind mehr noch durch ihre Methode, als durch ihren vielfach bahnbrechenden Inhalt, Muster für die ganze Folgezeit geblieben. Hier finden wir zum ersten Male gründliche Kenntniß des Römischen Rechts und der modernen Handelsrechtsquellen in ächt historischem Sinne verbunden, und der lichtvollen Darstellung gereicht es nicht zum geringsten Verdienst, daß sie durchweg die genaueste Anschauung der Handelsverhältnisse, wie das wohlbegründete Streben verräth, das geltende Recht den Bedürfnissen derselben gemäß anzuwenden und weiter zu entwickeln.

Einen wesentlichen Fortschritt in allen diesen Richtungen zeigt auch das fast gleichzeitige, zum ersten Mal und bisher allein sämmtliche Handelsrechtszweige umfassende Werk des fleißigen Pöhls (Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts. Allgemeiner Theil 1828. Wechselrecht 1829. Seerecht 1830—1833. Seeassekuranzrecht 1832. 1834. Das Recht der Aktiengesellschaft 1842). Insbesondere gebührt ihm das Verdienst, eine schärfere Sonderung des ge-

meinen Rechts von den Partikularrechten angebahnt und für das Seerecht zum ersten Mal das gesammte Material neuerer Rechtsbildung benutzt zu haben.

In ganz origineller und vielversprechender Weise begann Thöl seine erfolgreiche Thätigkeit. Zeichnete „der Verkehr mit Staatspapieren" (1835) durch die sorgsamste Prüfung der „Natur der Sache„ sich in hervorstechender Weise vor allen früheren Darstellungen dieses Gegenstandes aus, so ist in seinem „Handelsrecht" (Band I. 1841. 1847. 1854. Band II. 1847) dieser wirthschaftliche Gesichtspunkt fast durchweg zur Grundlage — tritt diese auch nicht überall gleich deutlich hervor — einer überaus scharfsinnigen, echt juristischen Deduktion gewählt, welche zwar sorgsamer als irgend ein Vorgänger das gesammte europäische Rechtsmaterial berücksichtigt, überall jedoch den Standpunkt des positiven gemeinen deutschen Rechts mit Festigkeit behauptet. Darum entnimmt er seine Waffen so viel als möglich den Römischen Rechtsquellen, deren ganzen Reichthum für das Handelsrecht er zuerst unter den Neueren aufdeckt. An Klarheit, Besonnenheit und Tiefe der Forschung, an Prägnanz der Gedanken und des Ausdrucks steht er keinem unter den Meistern unserer Deutschen Rechtswissenschaft nach, an juristischem Gestaltungsvermögen Vielen voran. Daß auch er nicht den ganzen Kreis nicht einmal des allgemeinen Handelsrechts erschöpft, daß er vielfach blos abwehrend behauptete Modifikationen römischer Rechtsprinzipien negirt, statt auf geschichtlichem und dogmengeschichtlichem Wege deren heutige Geltung zu untersuchen, diese und andere geringere Mängel treten neben so bedeutenden Verdiensten billig in den Hintergrund. Durch ihn ist der streng juristische Boden und die richtige Methode für das Handelsrecht dauernd gewonnen worden — das mehr oder weniger allein nach der römischen oder der modernen, der dogmatischen oder der historischen Richtung kann in Frage stehen, und wird, je nach der Individualität eines jeden Schriftstellers, muß, je nach der Gestalt des zu behandelnden Gegenstandes, verschieden beantwortet werden.

Während so im engeren Kreise des hanseatischen Nordens, welchem auch der mit dem Handelsleben vertraute und fleißige

Brinckmann (Lehrbuch des Handelsrechts 1853. 1854) seiner Geburt und seiner früheren Berufsstellung nach angehörte, eine neue Blüthezeit der Handelsrechtswissenschaft begann, welche vor der älteren italienischen insbesondere die geläuterte Auffassung des Rechts und die tiefere Behandlung seiner Quellen voraus hat, waren auch Süd- und Mittel-Deutschland nicht unthätig geblieben.

Mittermaier hatte die Rechtsentwickelung der deutschen Partikularrechte wie des gesammten Auslandes in der älteren wie in der neueren Litteratur mit unermüdlicher Ausdauer verfolgt und von diesem universalen Standpunkte aus dem Handelsrecht in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts endlich den gebührenden Platz gesichert; Nebenius für einen wichtigen Zweig die ökonomische Grundlage gelegt (Der öffentliche Credit. Zweite Auflage. 1829). In Sachsen hatte Treitschke, abgesehen von seiner gründlichen „Encyklopädie der Wechselrechte“ (1831), für die Societät (1825, 1844), den Kauf (1838) und das Comissionsgeschäft (1839) monographische Vorarbeiten geliefert, welche durch ihre tüchtige civilistische Basis noch heute Beachtung verdienen; Einert (Das Wechselrecht 1839) „mit bewunderungswürdigem Takt die Rechtsanschauungen, welche die gesammte kaufmännische Welt der Gegenwart durchdringen, aus ihrem geheimnißvollen Dunkel ans Licht gebracht *).“

Aus der großen Zahl trefflicher Vorarbeiten, denen endlich die allgemeine Deutsche Wechselordnung entsprungen ist, ging Liebe's epochemachende, und wenngleich nicht von ihm zuerst angedeutete, so doch von ihm ausschließlich in den Grundzügen wie im Einzelnen geistvoll durchgeführte Theorie hervor, durch welche nicht allein für den Wechsel, sondern für eine ganze Reihe moderner Institute ein neuer überaus fruchtbarer Gesichtspunkt gewonnen, die Einsicht in die Struktur des Obligationenrechts unermeßlich gefördert wurde. (Entwurf einer Wechselordnung für Braunschweig 1843. Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen 1848). Den

*) Treffende Worte Fick's in der Heidelberger kritischen Zeitschrift I. S. 479.

glänzenden, wenngleich nicht selten einseitigen historischen Untersuchungen Fréméry's (Etudes de droit commercial 1833) reihten sich die gründlichen Forschungen Biener's über die Geschichte des Wechsels an (Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte 1846).

Der Deutschen Wechselordnung selbst ist eine reiche und gediegene Litteratur gefolgt, welche den jetzigen Standpunkt der Deutschen Rechtswissenschaft nach allen Richtungen hin würdig repräsentirt. An ihr Gelingen knüpft sich zugleich die Hoffnung, den berechtigten Wunsch nationaler Gesetzgebung wenigstens im Gebiet des gesammten Handelsrechts verwirklicht zu sehen.

Was in den letzten zehn Jahren für dasselbe geleistet ist, lehnt sich durchaus an die bisher charakterisirten Richtungen an. Hier zuerst hat die Deutsche Rechtswissenschaft die Versöhnung römischer und moderner Elemente und die Verschmelzung beider zu einem neuen Ganzen, die Einfügung neuer Rechtsgedanken in das überkommene aber in der Gegenwart vertiefte System der römischen Begriffe, wie deren dogmatische Construktion, vielfach nicht ohne Glück, versucht. Hier hat auch jenes bald hoch gepriesene, bald tief geschmähte „Naturstudium" reiche Frucht getragen, das, richtig verstanden, nichts Anderes ist, als die klare Erfassung der wirthschaftlichen Gesetze, nach denen der Wille der Verkehrtreibenden sich bestimmt, und denen gemäß er die Regeln aufstellt, welche allmählich in Form der Gewohnheit oder des Gesetzes sich zum positiven Recht verdichten. Selbst die ehemals so schroffe Scheidung der Theorie von der Praxis hat auf diesem Gebiet einem erfreulichen Zusammenklang Raum gegeben, und zahlreiche Sammlungen von Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe, wie deren sorgsame Berücksichtigung in der neueren wissenschaftlichen Litteratur, z. B. in Beseler's System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. III 1855 und in Renaud's Lehrbuch des Wechselrechts 2. Aufl. 1857, geben davon ein beachtenswerthes Zeugniß.

Was uns Noth thut, ist also nicht ein neuer Standpunkt, sondern die gleichmäßige Pflege aller der verschiedenen und sämmtlich fruchtbaren Richtun-

gen, welche nach einander in der Geschichte unserer Wissenschaft hervorgetreten sind: der wirthschaftlichen („Natur der Sache"), wie der geschichtlichen und dogmatischen; die genaue Beachtung wie unserer einheimischen Praxis, so der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Litteratur aller auf gleicher Culturstufe stehenden handeltreibenden Nationen; endlich auch die liebevolle Pflege und immer sicherere Ergründung der ursprünglich fremden, aber mit uns verwachsenen Elemente unseres heutigen Rechts, deren wir uns weder entäußern wollen, noch zu entbehren im Stande sind. Allerdings braucht man nicht nothwendig römisch zu denken, um streng juristisch zu denken; allein wer überall und prinzipiell anders denken will als die Römer, selbst da, wo deren Auffassung unseren heutigen Verkehrsbedürfnissen vollkommen entspricht, wird nicht selten das juristische Denken ganz verlernen. Dem wirklich reifen Gedanken setzt die römische Theorie, richtig verstanden, keine Schranke. Von wirklichen Fesseln des Romanismus befreien können wir uns nur durch unbefangenste Ergründung unseres gegenwärtigen Rechtszustandes, seiner ökonomischen und geschichtlichen Grundlagen.

Gegen jede einseitige Uebertreibung der einen wie der andern Richtung tragen Wissenschaft und Leben in sich ihre Correctivc.

Hiermit glaube ich, wie meinen eigenen Standpunkt in unserer parteienreichen Zeit — für den ich übrigens den Vorwurf des Eklekticismus keineswegs scheue — so auch die allgemeine Aufgabe dieser Zeitschrift bezeichnet zu haben, deren Methode und Inhalt durch den vor einiger Zeit erschienenen Prospekt in folgender Art angegeben ist:

„Die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht stellt es sich zur Aufgabe, dem deutschen Juristen- und Handelsstande ein Centralorgan für diesen wichtigen Rechtszweig zu werden.

Der Herausgeber gedenkt dieses Ziel zu erreichen sowohl durch gleichmäßige Vertretung sämmtlicher Theile des Handelsrechts in selbstständigen Abhandlungen, wie durch sorgfältige Berücksichtigung aller irgend erheblichen Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, der Rechtsübung und der Litteratur in allen Theilen Deutschlands. Das Rechtsleben einzelner deutscher Städte wird nur insofern vorzugsweise Berücksichtigung erfah-

ren, als die Wichtigkeit der dort geltenden Rechtsnormen oder zur richterlichen Entscheidung gelangten Rechtsfragen solche erheischt.

Bis zur ersehnten Vollendung eines Deutschen Handelsgesetzbuchs fällt der Zeitschrift die weitere Aufgabe zu, die Grundlagen wie die Bausteine zu prüfen, auf und mit denen das große Werk errichtet werden soll; ist der Bau beendigt, so soll sie den Uebergang aus dem alten in das neue Recht vermitteln, die mühsam errungene Einheit wahren, und der drohenden Zersplitterung der Deutschen Praxis nach Möglichkeit vorbeugen.

Den Anforderungen der Wissenschaft wie des Lebens kann jedoch das zu begründende Organ nur alsdann gerecht werden, wenn es zugleich durch treue Erforschung der Vergangenheit die geschichtlichen Grundlagen unseres geltenden Rechts aufzudecken, und so dem gegenwärtigen Rechtszustand eine sichere Basis zu gewähren bestrebt ist. Auf diesem Felde vorzüglich ist noch vieles zu thun, und wird durch die Codification nicht entbehrlich werden.

Soll nun auch das Deutsche Handelsrecht, das gemeine, wie das besondere der Einzelstaaten, vorwiegend dargestellt werden, so erscheint es doch durchaus geboten, auch die Rechtsentwickelung des Auslandes nicht zu ignoriren. Die immer wachsenden Dimensionen des auswärtigen Waarenhandels, der enge Zusammenhang der Geldverhältnisse in allen Theilen der Erde, die steigende Bedeutung der überallhin verbreiteten Creditpapiere, die Entstehung ungeheuerer Associationen, welche ihre Operationen über alle civilisirten Länder ausdehnen, machen die Kenntniß des Rechts wenigstens der wichtigsten Handelsvölker dem Juristen wie dem Kaufmann unentbehrlich. Gleich erheblich sind die aus der Natur des Handelsrechts hergenommenen Gründe. Dasselbe ist in vielen Punkten allgemeines Recht aller handeltreibenden Staaten; es ist für sie theils aus gemeinschaftlichen Quellen hervorgegangen, theils haben die gleichen Bedürfnisse überall ähnliche Normen erzeugt: selbst unmittelbare Entlehnungen fremden Rechts sind nirgends häufiger als auf diesem Gebiet. So bietet das fremde Recht ein wichtiges Hülfsmitel für die richtige Erkenntniß unseres eigenen, die fremde Gesetzgebung und Rechts-

bildung nicht allein Belehrung, sondern auch ein häufig bedeutsames, und namentlich in dem gegenwärtigen Stadium der Deutschen Rechtsbildung höchst beachtenswerthes Vorbild. Die Litteratur des auswärtigen Handelsrechts ist überdies so reichhaltig und werthvoll, daß deren Vernachlässigung der Deutschen Wissenschaft nur bleibenden Nachtheil bringen könnte.

Das umfassende Gebiet der Volkswirthschaftslehre ist zwar selbstverständlich ausgeschlossen, allein die bedeutenderen litterarischen Erscheinungen auf demselben sollen insoweit berücksichtigt werden, als deren Inhalt für die tiefere Einsicht in das Wesen des geltenden Handelsrechts und dessen zweckmäßige Gestaltung förderlich erscheint.

Die Zeitschrift wird demgemäß enthalten:

1) Abhandlungen dogmatischen, exegetischen und historischen Inhalts.

2) Uebersichten über ältere und neuere Quellen des Handelsrechts, namentlich über geltende Usancen und über deutsche und fremdländische Gesetzgebung.

3) Die wichtigeren einschlägigen Präjudizien der deutschen und, soweit möglich und zweckmäßig, der auswärtigen Gerichtshöfe.

4) Uebersichten der inländischen und ausländischen handelsrechtlichen und nationalökonomischen, namentlich handelswissenschaftlichen Litteratur in Rezensionen, Auszügen und Anzeigen.

5) Miscellen, insbesondere statistische Nachrichten aus dem Gebiete der Handelsrechtspflege."

Im Einzelnen mag hier noch Folgendes bemerkt werden:

Die Zeitschrift beschränkt sich auf das Gebiet des Handelsrechts, begreift darunter indessen, nach dem Vorgang neuerer Gesetzbücher und der Entwürfe für ein Deutsches Handelsgesetzbuch, namentlich auch diejenigen allgemeinen Lehren des Obligationenrechts, welche für die Regelung des Handelsverkehrs von besonderer unmittelbar praktischer Wichtigkeit sind*).

*) Vgl. meine Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Heft 1. S. 1. 2.

In der möglichst vollständigen und gleichmäßigen Vertretung der handelsgerichtlichen Praxis aller Deutschen Staaten muß ein besonders wichtiges Mittel für die Förderung wie die Erhaltung nationaler Einheit auf diesem Gebiete gesehen werden. Die alsbaldige Mittheilung noch ungedruckter Entscheidungen erscheint darum besonders wünschenswerth. Doch soll, um eine feste Zeitgrenze innezuhalten, nur ausnahmsweise über das verflossene Jahr hinausgegangen werden.

Aeltere bisher ungedruckte, oder unvollständig oder fehlerhaft oder in sehr seltenen Werken edirte, desgleichen wichtige neuere partikularrechtliche und auswärtige Quellen, falls erforderlich mit beigefügter Uebersetzung, werden als wichtige Förderungsmittel für die geschichtliche Erkenntniß unseres geltenden Handelsrechts mit besonderem Dank aufgenommen werden.

In den Litteraturübersichten sollen die bedeutendsten Erscheinungen, insbesondere auch die durch reiche Casuistik und durch sorgfältige Beobachtung des Handelslebens ausgezeichneten französischen und englischen Werke, in eingehenden Rezensionen besprochen; minder wichtige durch Auszüge oder Anzeigen zur Kenntniß gebracht werden.

Für die Rubrik „Miscellen" sind statistische Nachrichten über die Praxis der Handelsgerichte, über die wichtigsten Institute des Handelsrechts, z. B. über das numerische Verhältniß der verschiedenen Arten von Handelssocietäten nach Anzahl und Capitalhöhe, ferner einschlägige Mittheilungen aus Werken, welche einem anderen Gebiet angehören, endlich kürzere Bemerkungen erwünscht, welche nur den Zweck haben, zu weiteren Untersuchungen anzuregen.

Es ist im Laufe dieser Erörterungen mehrfach die geschichtliche Seite der Forschung mit besonderem Nachdruck hervorgehoben worden. Hätte Beseler Recht, daß dieselbe „so fruchtbar für andere Rechtstheile, für das Handelsrecht in praktischer Hinsicht nur selten einen lohnenden Ertrag" gewähre, so dürften wir darin eine Erklärung der jedenfalls unleugbaren Thatsache finden, daß dieselbe gerade auf unserem Gebiete in unbegreiflicher Weise vernachlässigt ist, und daß wir in den meisten Fällen genöthigt sind, auf die nicht immer sorgfältig und unbefangen und selten

mit annähernder Vollständigkeit angestellten Untersuchungen der auch hier sehr viel thätigeren Französischen Juristen zurückzugehen. Richtiger haben wir indeß die Ursache dieser Erscheinung in den besonderen Schwierigkeiten historischer Forschungen auf diesem Felde zu sehen, zu denen das erforderliche Rüstzeug wie die nothwendige Ausdauer nur Wenigen zu Gebote zu stehen pflegt*). Ueber den praktischen Werth derselben aber auch für das Handelsrecht dürfte das Urtheil des vorzugsweise praktischen und vielerfahrenen Gelpke entscheiden, welcher die geschichtliche Methode als die einzige bezeichnet, die „zu einem richtigen Verständnisse und zu einer angemessenen Auslegung und Anwendung der positiven gesetzlichen Bestimmungen“ auf diesem Gebiet in den Stand setzt. —

Inwieweit diese Zeitschrift die umfassend gestellte Aufgabe zu lösen vermag, wird von der Unterstützung abhängen, welche ihr von den Männern der Wissenschaft und des Lebens zu Theil wird, deren Gewährung indeß nach vielseitigen ebenso erfreulichen wie mich ehrenden Zusagen in sicherer Aussicht steht. —

---

*) Daß dies nicht von Beseler gilt, versteht sich von selbst. In einem Lehrbuch des heutigen deutschen Privatrechts würde ohnehin die historische Erörterung nur einen geringen Raum in Anspruch nehmen können. Dem Handelsrecht könnte nur damit gedient sein, wenn es überall eine so umsichtige und vollständige Darstellung erführe, wie in dem Werke dieses ausgezeichneten Gelehrten. Einen überaus erfreulichen Fortschritt zeigt auch hierin die neueste handelsrechtliche Monographie: Kuntze's Lehre von den Inhaberpapieren. Leipzig. 1857.

# II.

## Die Wirkung des durchstrichenen Accepts

von

Herrn Dr. Wilhelm Brauer,

Geheimen Rath in Karlsruhe.

Die Frage, welche rechtliche Wirkung entstehe, wenn der Bezogene das von ihm auf den Wechsel gesetzte Accept ausstreicht, ehe er den Wechsel an den Präsentanten zurückgegeben hat, ist in unserem Wechselrechte streitig.

Wir begegnen nämlich hier drei verschiedenen Ansichten:

1) Thöl [1]) stellt den Satz auf, daß der Bezogene, so lange er den Wechsel noch nicht aus der Hand gegeben, befugt sei, sein Accept wieder zu durchstreichen.

2) Der Verfasser [2]) und mit ihm mehrere Schriftsteller über die Wechselordnung [3]) nehmen an, daß die Durchstreichung als nicht geschehn, und folglich das Accept als wirksam zu behandeln sei.

3) Wächter [4]), welcher sich auf ein von den Hamburger

---

1) Handelsrecht Bd. II §. 202 Note 1. Gleicher Ansicht ist Treitschke Encyklopädie des Wechselrechts Bd. I p. 35—38.

2) meine Wechselordnung p. 66.

3) Bluntschli Wechselordnung p. 58. — Kheil Wechselrecht p. 114. — Blaschke Wechselrecht p. 156.

4) Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VI p. 41 u. f. — Auch Renaud Lehrbuch des Wechselrechts (2. Auflage) p. 94 scheint dieser Ansicht zu sein.

Gerichten ausgegangenes Präjudiz [5]) beruft, giebt zwar zu, daß der Bezogene nicht befugt sei, sein Accept wieder zu durchstreichen, sieht aber in der Durchstreichung eine factische Aufhebung desselben, und will dagegen nur die Klage auf Wiederherstellung des durchstrichenen Accepts gestatten.

Was nun zunächst die Thöl'sche Ansicht betrifft, so folgt sie consequent aus dessen Auffassung des Wechsel- beziehungsweise Acceptations-Vertrags. „Erst durch das Geben und Nehmen des Accepts ist der Wechselvertrag vollendet, also da," sagt dieser Schriftsteller, er muß daher auch gestatten, das Accept zu durchstreichen, weil dessen Aufsetzen auf den Wechsel nach seiner Theorie noch nicht obligirt. In der Leipziger Wechselconferenz äusserte der Referent Bischoff bei Gelegenheit der Discussion über das beschränkte Accept eine von der gleichen Grundlage ausgehende Ansicht [6]), indem er bemerkte „ändere der Bezogene, noch ehe er den Wechsel zurückgegeben habe, — — — seinen Entschluß, und füge er einem bereits geschriebenen Accept, aus welcher Veranlassung dies immerhin geschehn möge, abändernde oder einschränkende Zusätze bei, so könne darin, vom rechtlichen Standpunkte aus betrachtet, nicht einmal etwas Unbefugtes gefunden werden." Allein diese Auffassung wurde von der Wechselconferenz nicht getheilt [7]), und widerspricht der Fassung des §. 21 der Wechselordnung; deshalb ist man auch für unsere Wechselordnung allgemein der Ansicht, daß schon die Aufsetzung des Accepts auf die Wechselurkunde den Bezogenen vinculire, ohne daß noch das Nehmen des Wechsels durch den Präsentanten hinzukommen müsse [8]).

Wenn hiernach zugegeben werden muß, daß die blose Auf-

5) Mitgetheilt durch Lutteroth im Archiv f. d. Wechs.-R. Bd. II p. 436—445.

6) Conferenz-Protocolle Nr. XI p. 53.

7) Conferenz-Protocolle p. 55.

8) Vergl. Liebe Wechselordnung p. 96. — meine Wechselordnung p. 64 u. f. — Lutteroth a. a. O. p. 441—445. — Bluntschli Wechselordnung p. 58. — Renaud Lehrbuch p. 93 u. f. — Rheil Wechselrecht p. 114. — Blaschke Wechselrecht p. 156.

schrift des Accepts auf den Wechsel schon ein wirksames Accept darstellt, so kann die Vorschrift des §. 21 W.O.

„die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurück-
„genommen werden."

nur den Sinn haben, daß der Bezogene sein Accept nicht mehr durch einfache Durchstreichung zurücknehmen kann, und es bleibt uns nur noch zu untersuchen übrig, ob die von Wächter oder die vom Verfasser vertretene Meinung die richtige sei.

Gehen wir auf die Entstehungsgeschichte unseres §. 21 W.O. zurück, so finden wir bereits im allgemeinen Preussischen Landrechte [9]) die Vorschrift:

§. 997. Die einmal geschehene Acceptation kann der Bezogene nicht wieder zurücknehmen, noch auf dem Wechsel ausstreichen.

§. 998. Auch wenn er das Letztere gethan hat, bleibt er dennoch aus der Acceptation verhaftet.

Damit übereinstimmend verordnet der erste (preussische) Entwurf unserer Wechselordnung:

§. 74. Die einmal geschehene Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden. Der Acceptant bleibt aus derselben verhaftet, auch wenn er sie durchstrichen haben sollte. . . .

Nach den Protocollen der Berliner Wechselconferenz [10]) entspann sich hierüber folgende Discussion:

„Den Schlußsatz des §. 74 erklärte Herr Esser für unrichtig, denn wenn dem Bezogenen ein Wechsel präsentirt und von ihm acceptirt, jedoch das Accept noch vorher durchstrichen werde, ehe er den Wechsel wieder aus den Händen gebe, so sei das durchstrichene Accept nach gemeinem Rechte unverbindlich, und dies scheine ihm eine vollkommen in der Natur der Sache begründete Vorschrift zu sein. Er würde daher den zweiten Satz des §. 74 streichen. Die Herrn Hölterhoff und von der Heidt treten diesem Antrage bei.

---

9) Theil II. Titel 8. §. 997. 998.

10) Protocolle, den Entwurf einer Wechselordnung betreffend (Berlin 1845) p. 39.

„Herr Gelpke bemerkte jedoch, daß die Vorschrift des Entwurfs in vielen Wechselordnungen enthalten sei, und halte er dieselbe für begründet, denn, wenn es streitig werde, ob das durchstrichene Accept gelte oder nicht, dann könne die Frage vorkommen, wann es durchstrichen sei? und er wisse nicht, wie dies, namentlich im Wechselprocesse, solle ermittelt werden. Herr Esser setzte dem entgegen, daß diese Frage judicando schon dahin entschieden sei, daß, wenn das Accept bei der Rückgabe des Wechsels Seitens des Acceptanten an den Inhaber bereits durchstrichen gewesen, dasselbe nicht gültig sei, wohingegen, wenn erweislich erst nach Uebergabe des Wechsels an den Eigenthümer das Accept durchstrichen worden, dieses dennoch dem Gezogenen gegenüber rechtsgültig fortbestehe; dies stimme ganz genau mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts, zu deren Beschränkung auch nicht entfernt ein zureichender Grund vorliege.

„Hiernächst erklärten sich die Herrn Grobdeck, Jobst und Gräff ebenfalls für die Streichung des zweiten Satzes des §. 74, weil derselbe ihrer Ansicht nach schon in dem ersten Satze desselben enthalten sei, und fand dies weiter keinen Widerspruch."

Man sieht freilich aus diesen Verhandlungen nicht klar, aus welchem Grunde der unsere Streitfrage entscheidende Schlußsatz gestrichen wurde. Von den 13 Mitgliedern der Berliner Conferenz wollten 3 das durchstrichene Accept für ungültig, 1 für gültig erklärt wissen; 3 Mitglieder wollten den Schlußsatz gestrichen haben, „weil derselbe schon in dem ersten Satze des §. enthalten sei," die übrigen 6 Mitglieder legten keinen Widerspruch ein. Indeß wird man annehmen dürfen, daß die Ansicht des Abgeordneten Gelpke, (also die von uns vertheidigte), welche von 3 Mitgliedern als richtig anerkannt, aber bereits im Vordersatz des §. ausgesprochen gefunden wurde, durch das Stillschweigen der übrigen Mitglieder gebilligt und daher dem Entwurfe zu Grunde gelegt wurde.

Diese Auffassung entspricht aber auch vollkommen der Fassung unseres §. In seinen ersten Sätzen spricht derselbe klar und bestimmt den Grundsatz aus, daß das Aufschreiben der Annahme oder auch nur des Namens auf die Vorderseite des

Wechsels als Accept gelte, mit andern Worten also, daß schon das Schreiben der Erklärung oder des Namens, nicht erst die Rückgabe des Wechsels mit dem Accepte, vinculire. Nach dieser Bestimmung schließt der §. mit den Worten „die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden.“ Man darf gewiß nicht voraussetzen, daß der Gesetzgeber so oberflächlich zu Werke ging, um mit diesen Worten etwas lediglich sich von selbst Verstehendes auszusprechen, man wird vielmehr nach den Regeln der Hermeneutik schließen müssen, daß diese Worte etwas vorschreiben sollten, was beim Schweigen des Gesetzes sich nicht von selbst verstanden haben würde. Nimmt man mit Wächter an, die Durchstreichung des Accepts zernichte dasselbe factisch, und seine fernere rechtliche Wirksamkeit könne nur durch eine Klage auf Wiederherstellung des Accepts geltend gemacht werden, so würde das Gesetz nur die triviale Regel aussprechen, ein Obligirter kann sich nicht einseitig von seiner Verbindlichkeit losschälen, eine im ganzen Gebiete des Rechts so allgemein anerkannte Wahrheit, daß sie hier keine besondere Sanctionirung bedurfte.

Die Entscheidung des Gesetzes ist überdies durchaus nicht auffallend, sondern im Wesen der Sache begründet. Wer eine vom Schuldner durchstrichene (übrigens im Contexte noch lesbare) Urkunde bei Gericht producirt, und zugleich nachweist, daß der Schuldner dieselbe widerrechtlich durchstrichen habe, kann doch gewiß auf diese Urkunde und den Nachweis ihrer widerrechtlichen Beschädigung hin den Gegner gerichtlich anhalten, die fällige Schuld zu zahlen, ohne daß er nöthig hätte, zuerst auf Ausstellung einer neuen Schuldurkunde, und dann auf das neue Instrument hin auf Zahlung der Schuld zu klagen. Da nun in unserem §. 21 ausgesprochen ist, daß die Ausstreichung des Accepts von Seiten des Acceptanten unstatthaft und darum widerrechtlich sei, so gilt das Accept, wenn es noch lesbar ist, trotz der Durchstreichung, und der Inhaber des Wechsels kann auf dasselbe hin aussergerichtlich oder gerichtlich ohne Weiteres seine Zahlung fordern. Mit Unrecht beruft sich Wächter für seine Meinung auf das oben erwähnte Präjudiz der Hamburger Handelsgerichte; denn in diesem Processe hatte der Kläger sein

Petitum auf „Wiederherstellung des durchstrichenen Accepts" gerichtet, und das Handelsgericht, welches nicht ultra petita partium erkennen konnte, hat ganz sachgemäß entschieden, weil der Inhaber des Wechsels auf Grund der widerrechtlichen Durchstreichung des Accepts, wofern dies mehr in seiner Convenienz lag, auch auf Wiederherstellung des Accepts klagen konnte [11]). Daß das Hamburger Handelsgericht nicht entfernt daran dachte, der vom Verfasser vertheidigten Ansicht entgegenzutreten, dürfte schon daraus erhellen, daß dasselbe des Verfassers Wechselordnung als Beleg für seine Entscheidung citirte [12]).

Wie sehr die von uns vertheidigte Ansicht in der Natur des Wechsels wurzle, mag man solchen mit uns als kaufmännisches Papiergeld oder mit Andern als Formalact behandeln, zeigt Wächter [13]) selbst in seinen Ausführungen ganz anschaulich. „Wie auf der einen Seite — sagt derselbe — durch die blose Form eine Verpflichtung begründet wird, mag sie auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhen oder nicht, so wird diese nur durch die Form geschaffene Verpflichtung auch durch die blose Vernichtung der Form aufgehoben, mag diese Aufhebung der Form auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhen oder auf keinem." Richtig! Weil man aus der formalen Natur des Rechtsgeschäfts folgern könnte, mit der Aufhebung der Form erlösche das Recht, mußte der Gesetzgeber das Publicum vor dieser den Wechselverkehr beeinträchtigenden Consequenz so viel wie möglich schützen, und er that dies durch die Vorschrift, daß das durchstrichene Accept, natürlich wofern es noch lesbar, gleich einem undurchstrichenen gelte.

Zum gleichen Ergebniß führt uns die Berufung auf das praktische Leben. „Kein Kaufmann — meint zwar Wäch-

11) Wohl aber dürfte man zweifeln, ob das Handelsgericht überhaupt für diese Klage competent war, denn die Klage auf Wiederherstellung einer widerrechtlich zerstörten Urkunde hat darum noch keine Handelssache zum Gegenstand, weil das Object der widerrechtlichen Beschädigung ein Wechsel war.

12) Archiv f. d. Wechs. R. Bd. II p. 437.

13) a. a. O. p. 43.

ter [14]) — würde sich, wenn das Accept eines in seinen Händen befindlichen unbezahlten Wechsels durchstrichen ist, mit der Ueberzeugung beruhigen, daß ein Accept nicht zurückgenommen oder durchstrichen werden könne, sondern er wird auf sofortige Wiederherstellung dringen, und alsbald die Gerichte deshalb angehen." Dieser Behauptung gegenüber berufen wir uns auf einen im Wechselverkehr sehr erfahrenen Kaufmann und Schriftsteller, auf Kheil [15]), welcher unsere Ansicht unbedenklich theilt und den Rath giebt: „Nur ist dem Inhaber eines Wechsels mit durchstrichener Acceptation zu seiner Sicherstellung und für Vorbeugung eines mehr verwickelten Processes zu empfehlen, hierüber Protest aufnehmen zu lassen." Nicht überall bestehen Handelsgerichte mit so raschem Verfahren, wie in Hamburg. Wird sich anderwärts ein Kaufmann lieber entschließen, im langsamen Proceßwege, vielleicht durch 3 Instanzen, mit großem Kostenaufwand die Wiederherstellung des Accepts zu erzwingen, statt den einfachen Weg einzuschlagen, das durchstrichene Accept als gültig zu behandeln, und darnach zu verfahren?

Endlich will man die gegnerische Ansicht noch auf die §§. 36 und 55 W.O. stützen, es erübrigt uns daher, auch auf dieses Argument näher einzugehen. Die Frage, welchen Einfluß Aenderungen und Durchstreichungen auf einer Wechselerklärung haben, wurde, wie die verwandte Frage über die Wirkung einer Fälschung derselben, von dem Gesetzgeber in ihrer Allgemeinheit mit Recht nicht ausdrücklich entschieden. Der Grund ist naheliegend und triftig. Derartige Durchstreichungen können aus sehr verschiedenen Gründen, theils mit allem Fug und Recht, theils geradezu widerrechtlich, theils auch aus bloser Ungeschicklichkeit vorgenommen werden. Die Entscheidung über die Wirkung dieser Aenderungen würde den Gesetzgeber nöthigen, in eine weitläufige Casuistik einzugehen, ohne gleichwohl alle Möglichkeiten erschöpfen zu können, zugleich müßte derselbe mit seiner Entscheidung tief in das Civilrecht, also über das Gebiet des

---

14) a. a. O. p. 3 .
15) a. a. O. p. 11 .

Wechselrechts hinaus, greifen. Deshalb wurde vorgezogen, die Entscheidung der hier einschlagenden Fragen dem Civilrecht und dem vernünftigen richterlichen Ermessen zu überlassen. Nur in zwei Fällen, wo im Interesse des Wechselverkehrs Ausnahmen von den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen oder wenigstens Modificationen derselben erforderlich schienen, wurden bestimmte Vorschriften gegeben, für das Indossament und das Accept.

Für das Indossament bestimmt der §. 36 W.O. „ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen." Man erwog nämlich, daß häufig der Inhaber einen Wechsel als Rimesse an seinen Gläubiger einsendet, und in Erwartung seiner Einwilligung auf ihn girirt, jener ihn aber nicht behalten will, und zurücksendet, nicht minder, daß noch manche andere Gründe die Ausstreichung der Indossamente veranlassen, somit diese Vorschrift einem wahren Bedürfniß des Handels entspreche [16]). Man schlug dies Bedürfniß so hoch an, daß man selbst über das Bedenken wegsah, welches dieser Vorschrift entgegensteht, indem die hinter einem Blankoindossament stehenden Giri ausgestrichen werden können, ohne daß damit die Reihe der Indossamente unterbrochen wird [17]).

Gerade die umgekehrte Entscheidung giebt der §. 21 W.O. für die Durchstreichung des Accepts. Das geleistete Accept ist die Hauptbürgschaft, daß das Wechselgeschäft seinen regelmäßigen Verlauf nehmen werde. Ein Wechsel mit durchstrichenem Accept ist (unter der Voraussetzung, daß die Durchstreichung wirksam sei) viel weniger begebbar, als ein solcher ohne Accept. Bei diesem kann man auf nachträglich erfolgende Annahme rechnen, bei jenem ist es aber gewiß, daß sie verweigert werden wird. Da nun das Gesetz die Zurücknahme und folgeweise Durchstrei-

---

16) Conferenz-Protocolle p. 76. — meine Wechselordnung p. 86.

17) Der §. 55 W.O., wornach der remboursirende Indossant sein und seiner Nachmänner Indossament ausstreichen darf, wird mit Unrecht gleichfalls bei unserer Frage angeführt. Diese, streng genommen überflüssige Vorschrift ist nur eine spezielle Anerkennung des allgemeinen Satzes, daß jeder, der seiner Wechselverbindlichkeit Genüge geleistet, seine Wechselerklärung wegstreichen darf.

chung des Accepts für schlechthin unstatthaft erklärt, so mußte es, um dieser Vorschrift einerseits Nachdruck zu geben, anderseits das gerechte Mißtrauen des Publicums gegen einen solchen Wechsel zu beseitigen, zu der Vorschrift kommen, daß das durchstrichene Accept ohne Weiteres wirksam bleibe. Man sieht also, es handelt sich bei den Bestimmungen des Gesetzes über das durchstrichene Accept und das durchstrichene Indossament nicht um die Anwendung einer allgemeinen Regel auf zwei spezielle Fälle, sondern es wurden aus entgegengesetzten, aber auf das praktische Bedürfniß gegründeten Motiven die beiden besonderen Fälle entschieden, es ist also unzulässig, zwischen beiden eine Analogie finden zu wollen.

Hierauf scheint uns der Satz gerechtfertigt:

daß das vom Bezogenen auf den Wechsel gesetzte, aber später wieder durchstrichene Accept, der Durchstreichung ungeachtet, als forthin gültig zu behandeln sei.

---

## III.

# Der Konkurs nach Englischem Recht,

dargestellt von

## Herrn Güterbock,

Ger.-Assessor in Königsberg i/Pr.

Die Bestrebungen, ein allgemeines Handelsgesetz für ganz Deutschland zu Stande zu bringen, lenken den Blick auf die Handelsrechte des Auslands. Die fremden Rechtsnormen uns näher zu rücken, zur Vergleichung mit den eigenen; die fremden Erfahrungen und Fortschritte für die Fortbildung unsres Rechts nutzbar zu machen; das Neue so zu schaffen, daß es den Anforderungen des heutigen Weltverkehrs entsprechend, mit seinen nationellen Eigenthümlichkeiten sich in die höhere Einheit der Rechtsanschauungen aller gebildeten Nationen einfüge; — diesen Aufgaben kann sich weder die Wissenschaft noch die Gesetzgebung entziehen. Beider Interesse hat sich auch von je her mit Vorliebe der französischen Handelsgesetzgebung zugewandt, und in ihr ein Vorbild für unsre eigenen Bemühungen auf diesem Gebiete erblickt. Dies mag es erklären, nicht aber entschuldigen, daß so gut wie keine Berücksichtigung das Recht derjenigen Nation gefunden hat, die, uns auch in ihren Rechtsanschauungen verwandt, auf dem Gebiete kommerzieller Thätigkeit unbestritten die erste Stelle einnimmt. Allerdings hat England keinen Code, und auch andre Umstände machen das Studium seines Rechts schwierig; dennoch wird die auf Erforschung der englischen Handelsrechtsnormen verwandte Mühe reichlich belohnt. Man wird ein Recht finden, hervorgegangen aus der unmittelbaren Handels-

praxis, fähig sich durch dieselbe fortzubilden, und dem neu entstehenden Bedürfniß zu genügen; ein Erzeugniß, ebenso sehr des Volkslebens als der Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung; einen Schatz reicher Erfahrungen wird man entdecken, nicht blos local-nationellen Interesses, sondern wohl geeignet, zur Fortbildung auch unseres vaterländischen Rechts Ersprießliches beizutragen.

Im Folgenden soll nun eine Skizze aus dem englischen Handelsrecht gegeben werden: die Darstellung des dortigen Konkurses in seiner heutigen Gestalt. Die Materie ist in jüngster Zeit in der neuen Konkursordnung vom 1. August 1849, der „Bankrupt Law Consolidation Act, 1849, (12 & 13 Vict. c. 106) zum Abschluß gediehen; diese, und die daran sich schließenden Rechtssprüche aus Gegenwart und Vergangenheit [1]), so wie die sie ergänzenden Gesetze bilden die Quelle des Nachstehenden. Von den Leistungen der Wissenschaft auf diesem Gebiet mögen, außer den bekannten Kommentarien von Blackstone und Stephens, die Werke von J. W. Smith, und namentlich das umfangreiche Kompendium von Archbold [2]) erwähnt werden.

Die Vortrefflichkeit der Prinzipien, auf denen der englische Konkurs beruht, ist längst anerkannt worden; wünschen wir, daß man ihnen bei der im Werke begriffenen Reform unseres Konkursrechts, zum Besten des Kredits, des Handels und Verkehrs, zum Besten des allgemeinen Wohls, die verdiente Berücksichtigung angedeihen lasse. —

## §. 1. Geschichtliches.

England hat in seiner Acte 12 & 13 Vict. c. 106 eine neue Redaction der Konkursordnung, kein neues Konkursrecht erhalten; die Grundzüge desselben, ja zum Theil das Detail,

---

1) Die Entscheidungen findet man in den Reports of Bankruptcy von Deacon, Deacon & Chitty und de Gex gesammelt.

2) J. W. Smith: Compendium of mercantile Law, 5th ed. by Dowdeswell, 1855. J. F. Archbold, The Law and Practice in Bankruptcy, 11th ed. by Flather 1856. Auch Addison's Treatise on Law of Contracts 4th ed. 1856 enthält Hierhergehöriges.

finden sich bereits in den frühesten, diesen Gegenstand betreffenden gesetzgeberischen Versuchen. Der englische Konkurs ist Schöpfung des Statute Law; das Common Law hat an seiner Fortbildung durch die richterliche Thätigkeit, nicht an seinem Ursprunge Antheil. Die Begriffe: bankrupt, bankruptcy erscheinen aber in der Geschichte des englischen Rechts nicht vor der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts; schwerlich wohl, wie Sir Edward Coke meint [3]), weil die Engländer im Handelsverkehr ehrlicher als die übrigen Nationen gewesen. Es ist vielmehr klar, daß, so lange ein streng feudaler Rechtsbau Doctrin und Praxis lediglich mit der Ausbildung des Immobiliarsachenrechts beschäftigte; so lange das Mobiliarvermögen so gut wie keine rechtliche Bedeutung hatte; Handel und Verkehr in den Händen weniger Ausländer lagen; so lange das Executionsverfahren der Willkür der Beamten oder dem Widerstande Mächtiger Preis gegeben war, sich weder das Bedürfniß eines besondern Konkursverfahrens, noch der Rechtsboden zur Ausbildung eines solchen finden mochte.

Als später nach Beseitigung der innern Wirren, unter der Herrschaft des Hauses Tudor England sich allmählig zu einer Handels- und Seemacht entfaltete, als der Kredit und das kaufmännische Vertrauen sich zu einer öffentlichen Macht heranbildeten, mußte man dieselben auch gegen die herbsten Uebergriffe des Treubruchs schützen. Das Nichtzahlen können ward weniger als das Nichtzahlen wollen gefürchtet. Zwar, so lange man des Schuldners habhaft war, lag eine genügende Gewähr in seiner Person, gegen die der Zwang auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten geübt werden konnte; anders, wenn er, was häufig geschehen mochte, entfloh oder sich verbarg, und entweder mit seiner Person auch sein Vermögen den Gläubigern entzog, oder Dasjenige, was er noch besaß, als gewissermaßen herrenloses Gut zurückließ. Hier schritt die Gesetzgebung ein. Das Statut 34 & 35 Hen. VIII c. 4 erging im Jahre 1543, eine „Acte gegen Personen, welche Bankerutt machen, „as do make ban-

3) 4 Coke, Inst. 277.

 1543.

krupt." Es bezeichnete solche als „Leute, die listigerweise viel fremdes Gut in ihre Hände bekommen, dann plötzlich in fremde Lande entfliehen, oder sich verborgen halten, nicht gewillt, ihren Gläubigern gerecht zu werden." Die obersten Richter des Landes werden ermächtigt, nach ihrem Ermessen über Person und Vermögen eines solchen „offender" zu verfügen, und den Erlös des letztern unter die Gläubiger gleichmäßig zu vertheilen. Wer Sachen des Kridars verheimlichte; wer fälschlich Forderungen an die Masse erhob, ward um den doppelten Werth der Sachen oder den doppelten Betrag der Forderung gebüßt. Ging der Kridar außer Landes, und stellte sich nicht binnen 3 Monaten nach erlassener Aufforderung, so verwirkte er den Königsschutz. Auch das später erworbene Gut haftet den nicht befriedigten Gläubigern.

Diese Bestimmungen, fast nur strafrechtlichen Charakters, erwiesen sich bald als ungenügend; daher ferneres legislatives Vorschreiten unter Elisabeth's Regierung. Die Acte 13 Eliz. c. 7 (1571) bildet die Grundlage des heutigen Konkursverfahrens in England; es rechtfertigt sich daher eine kurze Angabe ihres Inhalts. Zunächst ist ausgesprochen, daß das Bankeruttgesetz, weil nur im Interesse des Handelsverkehrs erlassen, auch nur auf Handeltreibende, traders, Anwendung finde [4]); bankerutt ist aber jeder Handeltreibende, der in der Absicht seine Gläubiger in ihren Rechten zu kränken, ihnen seine Person auf eine vom Gesetz speziell vorgesehene Weise entzieht [5]). Das Bankeruttverfahren wird als Theil der Administrativjustiz dem Lord Kanzler übertragen; dieser ernennt für jeden einzelnen Fall

1571.

4) Die Begriffsbestimmung ist fast wörtlich dieselbe, wie in dem neuesten Gesetz: „any merchant, or person using or exercising the trade of merchandize in gross or by retail, by way of bargaining, exchange, rechange, bartering, chevisance or otherwise, or seeking his trade of living by buying and selling" etc.

5) „depart the realm, begin to keep his house, or otherwise absent, take sanctuary, or suffer to be arrested for a debt — — — not due, or have or will suffer him to be outlawed, or yield to prison, or part from his dwelling-house etc.," ganz, wie noch heute. —

Kommissare, nicht gerade Rechtsverständige, sondern „wise, honest, and discrete men, as to him shall seem good,“ die nach freiem Ermessen über das Vermögen des Kridars schalten und walten, zum Besten der Gläubiger es verwerthen, und zu ihrer gleichmäßigen Befriedigung pro rata ihrer Forderungen [6]) verwenden sollen. Der Anspruch der nicht voll bezahlten Gläubiger an das später erworbene Vermögen des Kridars und an seine Person ist anerkannt. Die Kommissare haben ferner Macht, den Kridar in Personalhaft zu halten, und Jedermann eidlich über seine Vermögensumstände zu vernehmen. Die in dem früheren Statut angedrohten Strafen sind wiederholt. — Die Statute Jacob's I. (1 Jac. I. c. 15; 21 Jac. I. c. 19) bauten auf dieser Grundlage fort; sie erweiterten den Begriff des Bankerutts durch Hinzufügung neuer Fälle, s. g. acts of bankruptcy; gaben den Kommissaren eine umfangreichere Machtfülle, durch die Befugniß, den Kridar selbst und sein Weib eidlich abzuhören, sein Vermögen auch in verschlossenen Räumen mit Beschlag zu legen, und bestimmten, daß Vertheilungen erst vier Monate nach der Konkurseröffnung statthaben sollten, damit den Gläubigern zur Anmeldung ihrer Ansprüche Zeit gelassen bliebe; daß gewisse, sonst privilegirten Schulden im Konkurse nur pari passu mit allen übrigen berücksichtigt werden; und daß, zur Sicherung des Kredits, auch fremde Sachen, die mit Zustimmung ihrer Eigenthümer im thatsächlichen Besitz des Kridars gelassen sind, zur Masse zu ziehen seien. —

Die bisherigen Gesetze hatten lediglich den betrüglichen Bankerutt nach unsrer Auffassung im Auge. Je bedeutsamer und umfangreicher der Handelsverkehr nun aber ward, desto mehr drängte sich die Einsicht auf, daß nicht Jeder, der dem Bankerutt-Verfahren verfiel, darum auch als Betrüger anzusehen. Mehr wie Andere ist der Kaufmann den Wechselfällen des Zufalls ausgesetzt; und je bedeutender der Handel, desto größer die Chance zu verlieren; ohne sein Verschulden können äußere, von seinem Willen, seiner Einsicht unabhängige Umstände seinen Vermögens-

6) „to every a portion and rate lyke, according to the quantity.“ —

ruin herbeiführen. Auf den Schuldlosen aber die Gesetze gegen Betrüger anzuwenden, schien hart; hart namentlich, daß ihm nicht nur sein Gut bis auf's Letzte genommen ward, daß seine Gläubiger auch an jeden seiner spätern Schritte, an jede Thätigkeit sich mit ihren Ansprüchen, wie Bleigewichte hemmend und lähmend hängen konnten. Man fand es billig, daß sie den unglücklichen Zufall mit tragen helfen sollten, und erinnerte sich, im Hinblick auf den im Bankeruttverfahren seiner Freiheit beraubten Schuldner, des alten Landesrechts, daß, wer die Person des Schuldners zum Gegenstand der Execution machte, nicht mehr auf das Vermögen zurückgehen konnte, daß die Entlassung aus der Schuldhaft zugleich als Erlaß der Schuld wirkte. Dieser Umschwung in der Ansicht fand bald auch in den Gesetzen Ausdruck. Bedeutsam sind in dieser Beziehung die Acten 4 & 5 Anna c. 4 (1706) und 6 Anna c. 22 (1708), wonach dem schuldlosen Kridar, der sich freiwillig dem Gerichte überlieferte und sonst überall conform den Gesetzen gehandelt hat, zu seinem Unterhalte und fernern Fortkommen eine Unterstützung aus der Masse, unter Umständen bis 5%, zugebilligt, ihm auch, sofern 4/5 der Gläubiger darin willigten, ein Certifikat über sein Verhalten ausgefertigt werden soll, in Folge dessen er von allen zur Zeit des Konkursausbruchs vorhandenen, wenn auch nicht befriedigten Schulden, für immer befreit wird. So ward der Konkurs für den ehrlichen aber unglücklichen Schuldner zugleich eine Wohlthat, ähnlich der Römischen Cessio bonorum, aber ohne die bedenklichen Auswüchse derselben. Von dieser Grundlage aus entwickelte sich nun das englische Konkursrecht während des vorigen Jahrhunderts in den Aussprüchen der Gesetzgebung [7]) und den Rechtssprüchen der Praxis zu einem umfangreichen aber schwer übersichtlichen System, manche ungelöste Streitfragen, und manche Mißbräuche mit sich führend. Man fühlte die Nothwendigkeit einer Kodifikation (Konsolidation) dieser Rechtsmaterie; und diesem Bedürfniß ward in der General Bankrupt Act, 1826, 6 Geo. IV

1706.
1708.

7) Hervorzuheben sind die Statute: 7 Geo. I, c. 31; 5 Geo. II, c. 30; 45 Geo. III, c. 124; 46 Geo. III, c. 135 u. a. m.

c. 16 abgeholfen. Seitdem ist die Gesetzgebung unablässig bemüht gewesen, die sich offenbarenden Mängel zu beseitigen, die gemachten Erfahrungen als Verbesserungen in den bestehenden Bau einzufügen, und so das Ganze in sich zu vollenden. Aus der Reihe der in der Zeit von 1826 bis 1849 ergangenen Gesetze sind zu erwähnen: das Statut 1 & 2 Will. IV, c. 56, mit seinen Ergänzungen 3 & 4 Will. IV, c. 47, und 5 & 6 Will. IV, c. 29, wodurch ein besonderer Bankeruttgerichtshof, Court of Bankruptcy für die erste, und als Court of Review für die Appellationsinstanz gegründet ward; ferner das Statut 2 & 3 Vict. c. 29 über den Einfluß des Konkurses auf dritte Personen; 5 & 6 Vict. c. 122, welches, neben bedeutenden materiellen Abänderungen des Konkursrechts, besondere Provinzialhöfe für die Grafschaften bestellte; die Acte 7 & 8 Vict. c. 96, welche die Konkurseröffnung auch auf Antrag des Kridars gestattete; endlich sind die vielen das Grundeigenthum betreffenden, und die das neben dem Konkurse geschaffene neue Insolvenzverfahren regelnden Gesetze nicht ohne bedeutsame Wirkung auf das Konkursrecht geblieben. Man war wieder auf dem Punkte, wo, zur Beseitigung mancher Wirren und Zweifel über das Bestehende und bereits Beseitigte, eine neue Redaction des zeitigen Rechts auf diesem Gebiete geboten schien. Sie erfolgte in der bereits erwähnten Bankrupt Law Consolidation Act, vom 1. August 1849, 12 & 13 Vict. c. 106, welches Gesetz seit dem 11. October 1849 in Geltung ist. Einige unbedeutende Abänderungen sind durch 17 & 18 Vict. c. 119, die „Bankruptcy Act, 1854" getroffen. Für Actiengesellschaften war bereits in der Joint stock Companies Bankruptcy Act 1844, 7 & 8 Vict. c. 111, ein besondres Konkursgesetz ergangen, welches neben der neuen Konkursordnung bestehen blieb.

Letztere zerfällt in 278 Sectionen:

ss. 1—64, handeln von dem Gerichtshofe, der Gerichtsbarkeit und den verschiedenen Beamten;

ss. 65 u. 66, von den, dem Bankeruttgesetz unterworfenen Personen;

ss. 67—88, von den s. g. Acts of bankruptcy;

ss. 89—100, von dem Verfahren bis zur Konkurseröffnung;

ss. 101—138, von der Konkurseröffnung und deren Folgen;

ss. 139—159, von den Verwaltern, deren Rechten und Pflichten;

ss. 160—163, von der Vernehmung des Kridars;

ss. 164—184, betreffen das Prüfungsverfahren;

ss. 185—193, die Rechnungslegung und Vertheilung;

ss. 194—207, die Alimentation des Kridars und die Certificatsertheilung;

ss. 208—210, Spezialitäten bei Immobilien;

ss. 211—231, behandeln das ge- und außergerichtliche Accordverfahren;

ss. 232—250, Beweisregeln, Kosten u. s. w.;

ss. 251—275, bilden den strafrechtlichen Theil;

ss. 276—278 endlich enthalten Definitionen und allgemeine Punkte. Hieran schließen sich Tabellen und einige Formulare.

Wir handeln zunächst von dem Konkursgericht.

## §. 2. Das Konkursgericht.

Der durch 1 & 2 Will. IV c. 56 gegründete Bankeruttgerichtshof bestand ursprünglich aus 6 Richterkommissaren (commissioners) zur Leitung der Konkurse, und einem Kolleg von 4 Richtern (judges), Court of Review, als Appellationsinstanz und Aufsichtsbehörde, an Stelle dessen durch 10 & 11 Vict. c. 102 einer der Vicekanzler getreten ist. Bisher war die Gerichtsbarkeit des Bankerutthofes keine selbstständige; sie ward, wie vordem, von dem Kanzler in jedem einzelnen Fall durch den auf das Konkurseröffnungsgesuch erlassenen Auftrag, fiat in bankruptcy, begründet und delegirt. Die neue Konkursordnung hat dies beseitigt, die Gesuche gehen direct an den Gerichtshof; dieser tritt ohne das fiat des Kanzlers in Thätigkeit [8])

8) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 4. —

Gegenwärtig besteht das Konkursgericht aus 5 Richterkommissaren in London und 10 Richterkommissaren in den Grafschaften: je zwei in Leeds, Liverpool, Manchester, je einer in Birmingham, Bristol, Exeter und Newcastle, — ernannt von dem Kanzler aus der Zahl der mindestens 7 Jahre an der Barre thätig gewesenen Advocaten. Sämmtliche Kommissare gelten zwar als Mitglieder eines Kollegii, und können in Pleno, wobei jedoch mindestens ihrer acht zugegen sein müssen, Gegenstände allgemeinen Interesses: Geschäftsinstructionen, Regulative, Formulare, unter Zustimmung des Kanzlers, feststellen [9]); — in Betreff der Richterfunctionen, innerhalb des Geschäftskreises eines Jeden, gilt jedoch das Prinzip der Kollegialität nicht. Jeder Kommissar bearbeitet die von ihm geleiteten Konkurse durchweg selbstständig nicht blos als Regulirter und Beauftragter des Gerichts, sondern als Einzelrichter; und repräsentirt in seiner Person den ganzen Gerichtshof [10]). Diese discretionäre Gewalt, die in einer einzigen Hand das gesammte Verfahren concentrirt, Schnelligkeit mit Einfachheit verbindend, unterscheidet den englischen Richter von dem unsrigen. England traut aber seinen Richtern, weil es die Macht der Oeffentlichkeit kennt, in der sie wirken, und durch welche jeder Fehler, jede Ueberschreitung gerügt werden würde.

Die Thätigkeit des Kommissars äußert sich nach zwei Richtungen. In der einen wirkt er administrativ, zwar nicht durch unmittelbares Eingreifen in den Gang der Konkursverwaltung; aber so, daß ihm Aufsicht über alle Angelegenheiten zusteht, daß er provisorische Maßregeln zur Ausführung bringt, bei Meinungsdifferenzen unter den Verwaltern den Ausschlag giebt, und diese überhaupt nach freiem Ermessen kontrollirt; bei gewissen Angelegenheiten ist seine Zustimmung erforderlich. Die zweite Richtung umfaßt die rechtsprechende Thätigkeit des Kommissars in allen in dem Konkurse sich erhebenden Inzidentstreitigkeiten

9) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 8; die demgemäß erlassenen Regulative sind die Rules general vom 19. Oct. 1852.

10) ibid. s. 6, 276.

und Spezialprozessen, mögen dabei die Verwalter, die Gläubiger oder der Kridar Partei sein[11]). Diese Verschiedenheit des englischen von dem französischen Verfahren, in welchem jeder Streitpunkt auf rapport des Kommissars von dem Kollegio entschieden werden muß, wird bei der Prüfung der Forderungen später noch näher berührt werden.

Das Verfahren vor dem Kommissar ist kein streng prozessualisches; es wird mündlich in öffentlichen Sitzungen verhandelt, über Streitpunkte contradictorisch; die Beweisaufnahme erfolgt entweder vor dem Kommissar in den Sitzungen, oder vor besondern Deputirten. Auch die Parteien können eidlich abgehört werden. Das Wesentliche der Verhandlungen wird in das Gerichtsprotokoll (record) aufgezeichnet.

Gegen Entscheidungen der Kommissare geht die Appellation mit 21 tägigem Fatale jetzt an die Lords Justices of Appeal[12]). Das Verfahren ist dasselbe, wie in erster Instanz. Binnen gleicher Frist ist die Oberappellation an das Oberhaus, jedoch nur wegen Rechtsfragen (matters of law and equity), wegen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Beweisen, und nur auf Grund eines sogenannten special case, d. h. eines vom Appellationsrichter als richtig attestirten status causae statthaft[13]).

Die disciplinarische Aufsichtsbehörde ist der Kanzler[14]). —

Neben den Richtern sind die Beamten des Bankeruttgerichts zu erwähnen:

1) Die Registrars, unter dem chief Registrar; fungirend als Actuare in den Sitzungen, als Secretäre und als Deputirte für einzelne ihnen übertragene Geschäfte — Prüfung der Forderungen, Vernehmung von Zeugen u. s. w. In Verhinderungsfällen können sie, wichtige Angelegenheiten ausgenommen, den Kommissar vertreten. Der chief Registrar hat

---

11) ss. 12, 40, 151, 158, 164, 183.

12) 14 &. 15 Vict. c. 83, s. 7., früher an einen der Vicekanzler.

13) ibid. s. 10; über special case, als Mittel eine streitige Rechtsfrage dem Richter zur Entscheidung vorzulegen, siehe 3 Blackst. 431. —

14) 12 u. 13 Vict. c. 106, s. 10, 11, 19 — 21.

das Registraturwesen, die Aufbewahrung der Protokolle und der Acten unter sich [15]).

2) Der Accountant in bankruptcy, der Depositalrendant des Gerichts, betraut mit Aufsicht, Verwaltung und Rechnungsführung über die aus den Konkursmassen fließenden, bis zur Vertheilung in die Bank von England eingezahlten Gelder [16]).

3) Die official Assignees Das Gesetz [17]) ermächtigt den Kanzler aus Kaufleuten, Maklern, Rechnungsführern und sonstigen Handeltreibenden für London und für die Grafschaften eine Anzahl von Personen (nicht über 60) zu erwählen, die in den Konkursen als Offizialverwalter, official Assignees fungiren sollen. Aus ihrer Zahl ernennt der Kommissar für jeden einzelnen Konkurs Einen zum official assignee, um sowohl bis zum Eintritt der von den Gläubigern erwählten Verwalter als Interims-Curator die Gläubigerschaft zu vertreten, als auch demnächst mit jenen gemeinsam, als Organ des Gerichts, Administration nnd Liquidation der Masse zu betreiben. Seine Rechte und Pflichten werden später erörtert werden; hier genüge die Bemerkung, daß er, als Beamter des Gerichts, der Autorität und der Instruktionen des Kommissars unterworfen ist. Wie die Ernennung, steht auch die Entlassung der Offizialverwalter beim Kanzler [18]). —

## §. 3. Voraussetzungen des Konkurses.

### 1) Der Gemeinschuldner.

Das Konkursverfahren findet Anwendung nur auf Handel- und Gewerbtreibende — traders; das englische Recht kennt daher

15) ibid. s. 26 — 30.

16) ibid s. 31 — 37.

17) 1 & 2 Will. IV. c. 56, s. 22; 5 & 6 Vict. c. 122, s. 48 ff.

18) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 38 — 45. Die Einrichtung, ständige Beamte für die vom Gericht zu ernennenden Verwalter zu haben, hat sich in England sehr bewährt; sie hat auch in dem belgischen Fallimentgesetz v. 18. April 1851 Nachahmung gefunden.

Traders.



nur den s. g. kaufmännischen Konkurs. Ihn auf Nicht-traders auszudehnen, verbot nicht so sehr die Strenge der Bankeruttgesetze, als deren Milde, die ihren Grund in den eigenthümlichen Erscheinungen des kaufmännischen und gewerblichen Verkehrs hat. Erst in neuerer Zeit ist für die nicht dem Konkursrecht unterworfenen Personen, ein besonderes Insolvenzverfahren, nach Art der Güterabtretung in der Exekutionsinstanz geschaffen worden[19]).

Der Begriff trader hat sich allmählig mehr und mehr erweitert; wir sahen bereits oben die beschränkte Auffassung desselben in dem Statut 13 Eliz. c. 7.; die spätern Gesetze fügten, je nach dem Bedürfniß, neue Personenkategorien in denselben ein, und gelangten schließlich dahin, den gesammten Handels- und Gewerbebetrieb mit jenem Ausdrucke zu umfassen. Die neue Konkursordnung hat übrigens nur die in den Gesetzen zerstreut sich findenden Bestimmungen consolidirt, ohne an dem Rechte selbst zu ändern. Darnach sind traders:

1) Alle Personen, die den Waarenhandel durch Kauf, Tausch, Kommission, oder sonst, im Gros, oder im Detail betreiben;

2) Alle, welche in eigenem Namen oder als Agenten und Kommissionäre Anderer Kauf und Verkauf, Kauf und Vermiethung, oder Verarbeitung von Waaren und Sachen zu ihrem Gewerbe machen (seek their living); außerdem:

3) Speziell aufgeführte Personenkategorien, die theils dem Handelsverkehr nahe stehen, so: Bankiers, Mäkler, Auctionatoren, Schiffsrheder, Seeversicherer, Notare, theils im Gewerbebetrieb eines gewissen Krebits nicht entbehren können, wie Apotheker, Baumeister, Bleicher, Färber, Tuchbereiter, Müller,

19) Dies Insolvenzverfahren dient hauptsächlich dazu, den ehrlichen aber zahlungsunfähig gewordenen Schuldner vor der Personalhaft zu schützen; auch Handeltreibende, deren Schuldenlast weniger als L 300 beträgt, können der Wohlthat des Verfahrens theilhaft werden; cf. 48 Geo. III, c. 123; 7 Geo. IV. c. 57; 1 & 2 Vict. c. 110; 5 & 6 Vict. c. 116, und 7 & 8 Vict. c. 96.

Drucker, Gastwirthe, Viktualienhändler, Fuhrleute, Stallvermiether, Viehhändler, Marktgärtner u. a. m.

Ausgeschlossen sind, nach den Worten des Gesetzes: Pächter, Viehmäster, gemeine Tagelöhner und Lohnarbeiter, Steuereinnehmer und Mitglieder von Actiengesellschaften als solche[20]); dem Sinne desselben entsprechend, überhaupt diejenigen, welche den Handel nicht gewerbsmäßig oder nicht als selbständiges Geschäft, sondern nur als untergeordneten Zweig einer andern Thätigkeit, z. B. als ländliches Nebengewerbe betreiben.

### §. 4. 2) Acts of bankruptcy.

Die Frage, wann und unter welchen Umständen ein Handel- und Gewerbtreibender bankerutt[21]) wird, beantwortet das Gesetz mit Aufzählung einer Reihe von Thatsachen, die, als acts of bankruptcy qualifizirt, den Eintritt des formellen Konkurses zur Folge haben. Das englische Recht vermeidet es aber durch allgemeine Ausdrücke (Insolvenz, cessation de paiements, Zahlungseinstellung), wie sie in andern Konkursgesetzgebungen sich finden[22]) die Vermögenslage eines Schuldners zu bezeichnen, welche den Ausbruch des Konkurses nach sich zieht. Mag diese Eigenthümlichkeit in der historischen Entwickelung ihren Grund, mag daran die Abneigung der Engländer gegen abstrakte theoretische Sätze Antheil haben, — Veranlassung zum Tadel giebt sie nicht. Denn jene allgemeinen Begriffe werden in der Praxis stets Schwierigkeiten darbieten, und den Richter, in dessen Ermessen sie gestellt sind, leicht auf die beiden gleich gefährlichen Abwege führen, entweder vorschnell, auf zweifelhafte Anzeigen

---

20) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 65; s. 66 unterwirft auch Parlamentsmitglieder, wenn traders, dem Bankeruttgesetz.

21) Wir behalten diesen Ausdruck, als am besten dem englischen Bankrupt entsprechend, bei, ohne damit nur die kriminalrechtliche Bedeutung zu verbinden.

22) Code de commerce 437, 441; Loi sur les faillites etc., 8. Juni 1838, 437; Belgisches Fallimentsgesetz v. 18. April 1851; Preuß. Konkursordnung v. 8. Mai 1855, §. 113.

hin, den Konkurs zu eröffnen, dadurch aber nicht nur den Kredit des Betroffenen zu vernichten, sondern auch verderblich in das allgemeine Handelsvertrauen einzugreifen; oder, was häufiger geschehen wird, vollständigen, schwer zu erbringenden Beweis der Insolvenz zu verlangen, und dadurch die Konkurseröffnung zur Gefährdung der Interessen der Gläubiger zu verzögern. Vor beiden Abwegen scheint das englische Recht den Richter bewahrt zu haben.

Die acts of bankruptcy, welche das Gesetz aufstellt, betreffen sämmtlich das (handelnde oder duldende) Verhalten des Schuldners, und sind theils solche, bei denen die Absicht jenes, seine Gläubiger in ihren Rechten zu kränken (to defeat or delay his creditors) obgewaltet haben muß, theils solche, die ohne diese Absicht den Bankerutt herbeiführen. Die erste Kategorie umfaßt:

1) Gewisse Dispositionen des Schuldners, über seine Person, die, in jener Absicht vorgenommen, den Charakter der Rechtswidrigkeit an sich tragen. Der Schuldner begeht daher Bankeruttakte (wir glauben das englische Wort hierdurch wiedergeben zu dürfen), wenn er zur Kränkung seiner Gläubiger:

außer Landes geht, oder außer dem Lande bleibt; wenn er seine Wohnung verläßt, oder sonst von seinem gewöhnlichen Geschäftslocal, der Börse und andern Orten, wo seine Gläubiger vernünftigerweise ihn erwarten können, sich fern hält (otherwise absent himself)[23]; wenn er sich zu Hause hält (begin to keep his house), sich z. B. ohne triftigen Grund vor allen oder gewissen Gläubigern verleugnet; wenn er ferner für eine Nichtschuld sich verhaften läßt, oder freiwillig Personalhaft duldet (um etwa seine Gläubiger zu einem Accord gefügiger zu machen), wenn er absichtlich der richterlichen Ladung sich entzieht und dadurch sich und sein Vermögen Zwangsmaßregeln aussetzt. Es gehören ferner dahin:

---

23) Ueber das „absent himself“ sind eine Menge von Entscheidungen ergangen, deren Resultat im Texte zusammengefaßt ist; kein Fall geht jedoch so weit, das bloße Nichteinhalten des Versprechens, den Gläubiger in seiner Wohnung zu treffen, als act of bankruptcy zu qualifiziren.

2) Dispositionen des Schuldners über sein be- und unbewegliches Vermögen, in Form von Schenkungen, Vergabungen oder sonstigen Veräusserungen, die in betrügerischer Absicht, die Gläubiger zu bevortheilen oder in ihren Rechten zu kränken, getroffen sind[24]). Welche Rechtshandlungen hierunter fallen, wird sich später zeigen. —

Acts of bankruptcy der zweiten Kategorie begeht:

1) Wer wegen Geldschulden länger als 21 Tage in Personalhaft geblieben, oder aus derselben, auch nach kürzerer Zeit entflohen ist;[25])

2) Wer vor dem Bankeruttgerichte seines Wohn- oder Geschäftsortes die schriftliche, von einem Anwalt attestirte Erklärung seiner Insolvenz abgiebt;[26]), oder:

3) Auf Einleitung des gerichtlichen Accordverfahrens mit den Gläubigern (arrangement under control of the Court, s. später) anträgt, aber einen abweisenden Bescheid des Gerichts erhält; — sofern in beiden Fällen der Antrag auf Konkurseröffnung binnen zwei Monaten seit der Abgabe der Erklärung oder dem abweisenden Bescheide, angebracht wird[27]); ferner:

4) Wer mit dem die Konkurseröffnung beantragenden Gläubiger Unterhandlungen eingeht, die ihn vor den übrigen Gläubigern bevorzugen würden[28]);

5) Wer eine ausgeurtelte, zur Execution stehende Geldschuld nicht binnen sieben Tagen nach schriftlich zugestellter Zahlungsaufforderung bezahlt, oder den Gläubiger sonst befriedigt; oder Wer, zur Zahlung einer Geldsumme durch Dekret eines Court of Equity angewiesen, dem, ihm wenigstens sieben Tage vor dem peremtorischen Zahlungstermin zugestellten Gerichtsbefehl, nicht nachkommt; in beiden Fällen gilt der achte Tag als Zeitpunkt des act of bankruptcy[29]).

24) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 67.

25) ibid. s. 69.

26) ibid. s. 70, 17 & 18 Vict. c. 119. s. 16.

27) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 70, 74.

28) ibid. s. 71.

29) ibid. s. 72, 73. s. 74 & 75 qualifiziren noch einige andere, hier zu übergehende Fälle als acts of bankruptcy.

Hieran schließt sich ein durch die neue Konkursordnung ins Leben gerufenes, höchst praktisches und sich zur Nachahmung empfehlendes Verfahren an, wodurch auch Gläubigern, die noch keinen executionsfähigen Titel haben, aber die Zahlungsfähigkeit oder Willigkeit ihrer Schuldner bezweifeln, die Möglichkeit gegeben wird, ihre Geld-Forderungen entweder auf schleunige Weise befriedigt zu sehen, oder den Konkurs des Schuldners herbeizuführen. Das Verfahren ist folgendes: der Gläubiger stellt eine spezielle Aufmachung seiner Forderung, nebst Aufforderung sofortiger Bezahlung entweder dem Schuldner persönlich oder einem seiner Hausgenossen in der letzten bekannten Wohnung zu; beeidet demnächst in einem Affidavit die Richtigkeit seiner Forderung, die erwähnte Zustellung, und daß sein Schuldner trader im Sinne des Bankeruttgesetzes, und reicht diese Urkunde nebst Abschrift der Zahlungsaufforderung dem Bankeruttgerichte ein[30]). Der Kommissar desselben ladet darauf den Schuldner zu einem bestimmten Termin vor sich[31]). Erscheint er, und anerkennt die ganze Schuld, so muß er eine darüber aufgenommene Erklärung unterzeichnen, die demnächst bei den Acten einregistrirt wird[32]). Innerhalb der folgenden sieben

---

30) ibid. s. 78 u. ff. Affidavit ist bekanntlich eine durch einen Eid bekräftigte Erklärung. Zur Abnahme derselben sind verschiedene richterliche, Büreau- und Kommunalbeamte befugt, s. 243.

31) ibid. s. 78. Wir lassen das Formular der Vorladung folgen: Durch diesen Befehl werdet Ihr hiermit aufgefordert vor dem Bankeruttgerichte, Basing-hall-street, City of London, am 4. Januar 1858 10 Uhr V. M. persönlich zu erscheinen; Ihr werdet zugleich hierdurch benachrichtigt, daß der Zweck dieser Vorladung ist, festzustellen in der durch das Bankeruttgesetz von 1849 vorgeschriebenen Art und Form, ob Ihr die Forderung des A. B., der von Euch die Summe von 200 L. als Schuld verlangt, oder einen Theil derselben anerkennt, oder ob Ihr gute Einreden gegen diese Forderung zu haben vermeint. Ihr habt den Termin, auf Eure Gefahr, nicht zu versäumen. —
Gegeben unter meiner Unterschrift den 27. Dezember des Jahres unsres Herrn 1857.

An E. F. C. D. Kommissar.

32) Das Anerkenntniß wird in folgender Art gefaßt:

Tage muß er dann die anerkannte Summe bezahlen oder den Gläubiger deretwegen sonst sicher und zufrieden stellen, widrigenfalls am achten Tage Bankeruttakt gegen ihn vorliegt, sofern binnen zwei Monaten Antrag auf Konkurseröffnung eingeht. Bei einem theilweisen Anerkenntniß wird ebenso verfahren. Macht der Schuldner gegen das Ganze oder einen Theil Einreden, so muß er (neben dem etwaigen theilweisen Anerkenntnisse) eidlich unter seiner Unterschrift versichern, daß er begründete Einwendungen gegen die Forderung zu haben glaube (a good defence upon the ments of the cause)[33]), und außerdem auf Verlangen des Kommissars sich mit noch zwei sicher befundenen Personen solidarisch urkundlich verpflichten, eine, von dem Richter zu arbitrirende, die Forderung und Kosten deckende Summe, für den Fall seines Unterliegens in dem von dem Gläubiger demnächst anzustellenden Prozesse, zu bezahlen. Statt des gerichtlichen Anerkenntnisses genügt ein außergerichtliches, wenn

---

Bankeruttgericht, Basinghall street, London,
1. Dezember a. d. 1857.

Da ich, der unterzeichnete E. F. vor diesen Ehrenwerthen Gerichtshof geladen bin, zum Zweck, in der durch das Bankeruttgesetz von 1849 vorgeschriebenen Art festzustellen, ob ich, oder ob ich nicht die Forderung des A. B., der von mir die Summe von L. 200 verlangt, oder einen Theil derselben anerkenne, oder ob ich gegen diesen Anspruch oder einen Theil desselben, gegründete Einreden zu haben vermeine; — sei es daher kund und zu wissen, daß ich, der besagte E. F. hierdurch bekenne, dem besagten A. B. auf Höhe der erwähnten Summe von 200 L. verschuldet zu sein. — E. F.

33) ibid. s. 79 — 82. Die Erklärung lautet in diesem Falle (unter Weglassung des Eingangs):

Nachdem E. F. an gedachtem Orte und Tage vereidigt worden, sagt er auf seinen Eid, daß er wirklich überzeugt sei, gegründete Einreden gegen den Anspruch des A. B. zu haben, der von besagtem E. F. die Summe von L. 200 als Schuld fordert, die angeblich E. F. dem A. B. laut des Letztern Affidavit vom —, eingetragen bei diesem Ehrenwerthen Gerichte, verschuldet. —

E. F.

Beschworen vor mir C. D., Kommissar.

der Schuldner durch einen von ihm erwählten Anwalt über die Folgen seiner Erklärung belehrt, sie in seinem Beisein unterschreibt, und auch der Anwalt darin seine Zeugen- und Beistandschaft attestirt[34]): Verweigerung der Unterschrift des gerichtlichen Anerkennungsprotokolls gilt als Ablehnung des Anerkenntnisses selbst.

Bleibt der Schuldner ohne triftigen Grund im Termin aus, oder will er, wenn erschienen, weder anerkennen, noch die eidliche Erklärung abgeben und die erwähnte Verpflichtung eingehen; oder bleibt er bei einem theilweisen Anerkenntnisse in Betreff des Ueberrestes kontumax, so tritt mit dem achten Tage nach erhaltener Terminsladung act of bankruptcy ein, sofern er nicht bis dahin oder binnen der von dem Kommissar etwa festgesetzten längeren Frist den Gläubiger bezahlt, oder sonst befriedigt, oder vor Gericht die vorgeschriebene Verpflichtung nachholt. Auch hier muß jedoch der Antrag auf Konkurseröffnung binnen zwei Monaten nach Einreichung des Affidavit angebracht werden[35]).

Zum Schluß einige allgemeine Bemerkungen. Einzelne Bankeruttakte gelten als solche nur binnen einer kurzen Frist, wie wir gesehen; auch die Wirksamkeit der übrigen ist an die Dauer von 12 Monaten geknüpft; so daß sie nach Verlauf dieser Zeit der Konkurseröffnung nicht mehr zum Grunde gelegt werden können[36]). Die Bedeutsamkeit der acts of bankruptcy wird aber dadurch nicht beseitigt, daß der Schuldner später aufhört trader zu sein; ja ein solcher kann auch nach Aufgebung seines Geschäfts noch acts of bankruptcy begehen, die den Konkurs nach sich ziehen, so fern aus den Umständen erhellt, daß die betreffenden Thatsachen sich aus der Zeit seines Geschäftsbetriebes herschreiben. Die früher geltend gewesene, aus der strafrechtlichen Auffassung des Bankerutts entsprungene Ansicht, daß die acts of

34) ibid. s. 84.
35) ibid. s. 80, 82.
36) ibid. s. 88.

bankruptcy striktissime zu interpretiren und nur in England selbst, nicht im Auslande begangen werden können, ist gegenwärtig beseitigt[37]).

## §. 5. Die Eröffnung des Konkurses; 1. Der Antrag.

Das Konkursverfahren, zu dessen Darstellung wir übergehen, beginnt mit der Konkurseröffnung (Bankerutterklärung adjudication of bankruptcy). Der Richter eröffnet aber den Konkurs entweder auf Antrag eines Gläubigers, oder (eine Verbesserung der jüngsten Zeit[38]) auf Ansuchen des Gemeinschuldners selbst. Ein Einschreiten des Richters von Amtswegen, wie es andre Rechte, unbeschränkt oder unter Modificationen gestatten[39]), kennt das englische Gesetz nicht; wie denn dem englischen Volkssinne unaufgefordertes Eingreifen der Behörden in die Privatrechtssphäre zuwider ist und das Recht jedem Einzelnen es überläßt, zur Wahrung seiner Gerechtsame nach eigener Einsicht das Nöthige zu thun.

Der Antrag eines Gläubigers (petition) auf Konkurseröffnung ist an verschiedene Bedingungen geknüpft. Vor Allem sind Betrag und Beschaffenheit seiner Forderung in Betracht zu ziehen. Betreffs des erstern geht das englische Recht von der Erwägung aus, daß mit der Höhe der Forderung auch das Interesse des Gläubigers an den Vermögensangelegenheiten seines Schuldners Hand in Hand gehe; das größere Interesse aber vermehrte Befugnisse in der Einwirkung auf jene Angelegenheiten nach sich ziehe; daß hiergegen die theoretisch anerkannte Gleichberechtigung aller Gläubiger zurücktreten und die Ausübung gewisser Befugnisse an einen Minimalbetrag der Forderung geknüpft werden müsse, wobei den Minderberechtigten in der Vereinigung ihrer Ansprüche ein genügender Schutz gegen die prävalirenden Gläubiger geboten sei. Das Princip findet sich bereits in 6 Anna c. 22, und ist bis auf die neueste Konkursordnung festgehalten.

---

37) Smith, merc. Law, 571, 572.

38) 7 & 8 Vict. c. 96.

39) Lois sur les faillites v. 8. Juni 1838, 440; Preuß. Konkursordnung v. 8. Mai 1855. §. 118, 119.

Darnach muß ein einzelner Gläubiger (Gesellschafter gelten als eine Person), der die Konkurseröffnung beantragt, eine Forderung von mindestens L. 50, zwei antragende Gläubiger Forderungen von zusammen L. 70, drei oder mehr Antragsteller zusammen wenigstens L. 100 zu fordern haben[40]).

Die Beschaffenheit der Forderung ist zwar nicht durch das Gesetz, wohl aber durch die Praxis näher festgestellt. Es muß eine Geldschuld von bestimmtem Betrage, zu Recht bestehend (unverjährt) vor einem Bankeruttact entstanden, und aus dem Handel- oder Gewerbebetrieb des Kridars entsprungen sein, oder wenigstens während der Dauer desselben bestanden haben. Nichtfällige Forderungen stehen den fälligen gleich[41]).

Das Gesuch, dessen Inhalt nur allgemein die Voraussetzungen des Konkurses angiebt, ist von dem Gläubiger im Beisein eines Advokaten (solicitor), der zugleich die Sache vor Gericht zu vertreten hat, zu unterzeichnen[42]), durch Affidavit zu bekräftigen, und sodann in dem Büreau des kompetenten Gerichts zur Eintragung auf den Record (filing) zu präsentiren. Kompetent ist das Gericht, in dessen Sprengel der Gemeinschuldner

---

40) 12 u. 13 Vict. c. 106, s. 91.

41) Smith, merc. law, 573 ff.

42) Für diesen Antrag ist folgendes Formular gegeben:

An den Bankeruttgerichtshof, für London.

Dies ehrfurchtsvolle Gesuch des A. B. trägt vor:

Daß C. D., ein Handelsmann und seit länger als 6 Monaten in dem Distrikt dieses Ehrenwerthen Hofes ansässig, dem Imploranten die Summa von L. 50 verschuldet, und daß besagter C. D., wie Implorant in Erfahrung gebracht, und glaubt, vor Kurzem einen Bankeruttact im wahren Sinn und Meinung des Bankeruttgesetzes begangen hat.

Implorant bittet daher ehrfurchtsvoll, daß, auf Beweis des Erforderlichen, die Bankerutterklärung gegen besagten C. D. ausgesprochen werde.

A. B.

Unterzeichnet vom Imploranten am 10. Dezember 1857
in Gegenwart von E. F., Anwalts in Sachen dieses Gesuches.

seit wenigstens sechs Monaten gewohnt oder sein Geschäft betrieben hat[43]). Der Registrar besorgt das „filing," vermerkt das Gesuch in seinem General-Repertorium (general docketbook[44]) und legt jenes demnächst dem betreffenden Kommissar vor. Mit der Eintragung des Gesuchs ist die Sache anhängig gemacht; bedeutsame Folgen datiren von diesem Zeitpunkte, wie sich später zeigen wird; in dieser Beziehung steht das „filing of the petition" dem frühern Erlaß des fiat seitens des Kanzlers (s. oben) gleich[45]).

Das Gesuch des Gemeinschuldners um Konkurseröffnung gegen sich ist nur statthaft, wenn er vorher seine Insolvenzerklärung bei Gericht abgegeben hat, und wenn zugleich sein Vermögen einen nachweisbaren Reinertrag von mindestens 150 L. zu gewähren vermag. Im Uebrigen gilt wegen der Form und der Eintragung das eben Gesagte[46]).

## §. 6. 2. Das Verfahren.

Die Richtigkeit der in dem Gesuche vorgetragenen wesentlichen Thatsachen (namentlich das Vorhandensein eines Bankeruttactes) müssen dem Richter zur Ueberzeugung dargethan sein, ehe er zur Konkurseröffnung schreitet. Von Amtswegen veranlaßt er die Causae cognitio jedoch nur, wenn der Kridar selbst Provokant ist; provozirt ein Gläubiger, so liegt, wie in jedem andern Prozesse, ihm es ob, die nöthigen Beweise zu erbringen, die Sache zu betreiben, ja sogar bis zur Wahl der Verwalter die etwaigen Kosten vorzuschießen (!) Erwirkt er binnen 3 Tagen nach Ein-

---

43) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 95. Dem ältesten Richterkommissar (senior commissioner) ist es jedoch gestattet, aus besondern Gründen die Verhandlung an einem andern Gerichte, als dem competenten, stattfinden zu lassen. —

44) Die Registrars aus den Grafschaften müssen an den Chief Registrar in London Abschriften ihrer Repertore senden; ibid. s. 94, 95. —

45) ibid. s. 90. —

46) ibid. s. 93; 17 & 18 Vict. c. 119, s. 20 — 22. Ursprünglich mußte der Nachweis geliefert werden, daß die Masse wenigstens 25 % (5 shillings in the pound) den Gläubigern gewähren würde.

tragung seines Gesuchs, oder in einer ihm gestatteten längern Frist nicht die Konkurseröffnung so kann das Gericht einen andern Gläubiger in den folgenden 14 Tagen in jenes Gesuch eintreten lassen; meldet sich aber kein andrer, so wird die Sache reponirt[47]). Der Richter ist übrigens auf die beigebrachten Beweise nicht beschränkt, er kann auch, zu seiner Information, Personen, von denen er Aufklärung über wesentliche Momente erwartet, zeugeneidlich vernehmen, und sie zur Edition von Bezug habenden Urkunden anhalten[48]).

Ergiebt diese Causae cognitio, daß das Gesuch nicht gehörig substantiirt sei, so weist der Richter dasselbe zurück (dismiss); andernfalls spricht er die Konkurseröffnung aus (adjudge the trader bankrupt) und ernennt zugleich einen Officialverwalter (official assignee) für die Masse; einer Festsetzung der Zahlungseinstellung bedarf es nicht; sie fällt mit dem Zeitpunkt des Bankeruttacts zusammen[49]). —

Duplikat des Beschlusses wird dem Kridar zugestellt oder in seinem letzten Wohn- oder Geschäftslokale gelassen, damit er binnen einer bestimmten 7 — 14 tägigen Frist die Gültigkeit desselben anfechten könne. Thut er es, und es gelingt ihm der Nachweis, daß der Konkurs, Mangels wesentlichen Erfordernisses, zu Unrecht eröffnet sei, so kassirt der Richter seinen frühern Beschluß (annulis the adjudication)[50]). Wird dieser Nachweis

---

47) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 96, 104. — Die vorgeschossenen Kosten werden dem Gläubiger als Masseschuld erstattet.

48) ibid. s. 100.

49) ibid. s. 101, 102. Zur Vorbeugung böswilliger oder frivoler Anträge mußte der betreibende Gläubiger früher auf Höhe von L. 200 dem Kanzler für den etwaigen Schaden Cautio promissoria leisten. 6 Geo. IV. c. 16, s. 13. Gegenwärtig geschieht dies zwar nicht mehr; dem Schuldner steht aber frei auf Schadenersatz summarisch bei dem Konkursrichter zu klagen, wenn sich ergiebt, daß der Gläubiger böswillig oder frivol das Konkursverfahren beantragt hat. — 12 & 13 Vict. c. 106, s. 267. —

50) ibid. s. 103, 104.

Wir geben das Formular dieses Beschlusses:

dagegen nicht erbracht, oder verstreicht die Frist ohne Anfechtung, oder gestattet der Kridar es früher, so macht der Richter die Konkurseröffnung sofort in der London Gazette bekannt[51]).

Dem Kridar steht aber auch noch im Lauf der Verhandlungen, jedoch nur binnen einer kurzen Frist seit der Bekanntmachung, die Rescissionsklage auf Vernichtung des ganzen Verfahrens zu, der ordentliche Rechtsweg gegen die gewissermaßen im Verwaltungswege getroffenen Verfügungen[52]). —

Mit der Bekanntmachung zugleich anberaumt der Kommissar zwei öffentliche Sitzungen (public meetings, sittings) — die zweite nicht vor dem 30ten und nicht nach dem 60ten Tage seit der Bekanntmachung; der erste Termin ist speziell zur Wahl der Verwalter bestimmt; der zweite gilt als Präclusivtermin für den Kridar, sich feierlich dem Gericht zu stellen (to surrender); beide dienen zugleich zur Prüfung der Forderungen. Auch diese Termine werden durch die Gazette bekannt gemacht[53]).

---

In Sachen des A. B.

Bankeruttgericht, London, 10. Dezember, a. d. 1857.

Nach Vortrag der Verhandlungen in obiger Sache, nach Anhörung des von A. B. Angeführten, und in Erwägung, daß der Bankeruttakt, Grund dessen, die Eröffnung des Konkurses gegen besagten A. B. unter dem 1. Dezember 1857 ausgesprochen worden, nicht geeignet erscheint, dieselbe zu begründen, auch kein anderer Bankeruttakt zur Aufrechterhaltung derselben dargethan ist; befehle ich hiermit, daß die gegen besagten A. B. ausgesprochene Konkurseröffnung annullirt werde; und ist solche demgemäß hiermit null. —

C. D., Kommissar. —

51) ibid. s. 104. Ob die Bekanntmachung auch in andern Blättern erfolgen soll, hängt vom Richter ab.

52) ibid. s. 233; die Frist zur Anstellung dieser Klage beträgt, wenn der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung im Inlande (United Kingdom) sich befand, 2 Monate, wenn er in Europa war, 3 Monate, wenn außer Europa, ein Jahr. — Es scheint übrigens, als ob gegen den Eröffnungsbeschluß außerdem noch die gewöhnliche Appellation an die Lord Justices of Appeal statthabe. S. 17 & 18 Vict. c. 119, s. 24. —

53) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 104, 251.

## §. 7. 3. Maßregeln über Vermögen und Person des Schuldners.

Sicherheitsmaßregeln können von dem Richter schon vor der Konkurseröffnung getroffen werden, wenn der Gemeinschuldner der Flucht oder der Beseitigung seines Vermögens zum Nachtheil der Gläubiger verdächtig ist. In diesen Fällen kann seine Verhaftung und die Beschlagnahme seiner Papiere und Effekten sofort veranlaßt, bei seinem Widerspruch muß jedoch zwischen ihm und dem betreibenden Gläubiger summarisch über Zurücknahme oder Aufrechterhaltung des Befehls verhandelt werden [54]). Nach der Konkurseröffnung und bis zum Eintritt der gewählten Verwalter, liegt dem Richter und dem Offizialverwalter die Sorge für Ermittlung, Sicherstellung und Erhaltung der Masse ob. In dieser Beziehung giebt das Gesetz nur einige allgemeine Grundsätze, und überläßt das Detail der Ausführung dem vernünftigen Ermessen im einzelnen Falle, ohne dem Richter ausdrücklich bindende Regeln vorzuschreiben. —

Das Vermögen des Gemeinschuldners, wo dasselbe sich auch finde, in Beschlag und Besitz zu nehmen, ist Sache des Offizialverwalters, welchem zu dem Behuf die Gerichtsdiener (messenger) in seinen Anweisungen Folge zu leisten haben. Speziell sind sie autorisirt, verschlossene Räume (Häuser, Zimmer u. s. w.) zu erbrechen, und Gegenstände, die der Kridar bei sich führt, ihm abzunehmen. Ist gegründeter Verdacht, daß Sachen bei dritten Personen verborgen sind, so erläßt der Richter einen Durchsuchungsbefehl (search warrant), ähnlich wie bei Diebstählen [55]). Aus-

---

54) ibid. s. 99.

55) ibid. s. 106 — 111; 17 & 18 Vict. c. 119, s. 23. Die Form des erwähnten Durchsuchungsbefehls dürfte nicht ohne Interesse sein, er lautet wie folgt:

Da durch gehörig erbrachte eidliche Aussagen, mir dem unterzeichneten, in Verfolgung eines Bankerutterklärungsantrags vom — gegen A. B., in Folge dessen derselbe bankerutt erklärt worden, handelnden Kommissar des Bankeruttgerichts die Ueberzeugung gewährt ist, daß Verdacht- und Vermuthung vorhanden, daß Vermögensstücke des

geschlossen von der Beschlagnahme sind nur die nothdürftigen Kleider, Möbel, Hausgeräth und Werkzeuge für den Kridar und seine Familie, jedoch nur zum Gesammtwerthe von L. 20; sie sind zu verzeichnen, zu taxiren und bleiben in jenes Besitz [56]).

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, sogleich nach der Konkurseröffnung dem Offizialverwalter seine Handelsbücher und sonstigen sein Vermögen betreffenden Papiere zu übergeben, oder anzuzeigen, wo sie sich befinden; er muß zu jeder Zeit auf Verlangen des Richters über seine Geschäfts- und Vermögensverhältnisse Auskunft geben; er muß ein schriftliches Versprechen, die Wahrheit zu sagen ablegen, und demgemäß alle ihm vorgelegten Fragen getreulich beantworten. Weigert er sich dessen, oder leistet der Vorladung keine Folge, so kann er in Haft genommen werden; wissentlich falsche Angaben aber, trotz jenes Versprechens, ziehen die Strafe des Meineids nach sich. In gleicher Weise und bei Androhung gleicher Strafen kann auch seine Ehefrau vernommen werden [57]). Es steht aber außerdem beim Richter, Jeden, der Sachen der Masse zu besitzen, oder ihr etwas zu verschulden verdächtig, oder der über irgend einen Punkt Auskunft geben soll, vorzuladen, eidlich oder informatorisch zu verhören, zur Darlegung von Urkunden anzuhalten, und den Ungehorsamen durch

---

besagten A. B. in dem Hause eines C. D. von — in der Grafschaft —, verborgen sind, und da dieses Haus dem besagten Gemeinschuldner nicht gehört: so ermächtigt Euch dieser Befehl, kraft des Bankeruttgesetzes von 1849, unter Zuziehung der nothwendigen und gehörigen Hülfe das Haus besagten C. D.'s, belegen zu — bei Tageszeit zu betreten, dort sorgfältig nach besagten Vermögensstücken zu forschen, und wenn ihr bei dieser Durchsuchung irgend Vermögensstücke des Gemeinschuldners findet, solche in Beschlag und Besitz zu nehmen, damit gemäß den Bestimmungen besagten Gesetzes mit ihnen weiter verfahren werde.

Gegeben unter meiner Unterschrift und dem Gerichtssiegel des Bankeruttgerichts, London den 10. Dezember im Jahre unsres Herrn 1857.

E. F., Kommissar.

An J. K., meinen Boten und seine Gehilfen.

56) Neues Recht nach 17 & 18 Vict. c. 119, s. 25.

57) 12 & 13 Vict. c. 106, c. 105, 117, 118, 260. —

Haft zum Gehorsam zu zwingen[58]). Wer Sachen des Kridars in Gewahrsam hat, muß binnen 42 Tagen „after filing the petition“ dem Gericht oder dem Verwalter Anzeige machen; wer sie verhehlt, wird um 100 L. und um den doppelten Werth derselben zum Besten der Masse gebüßt[59]). Endlich kann der Richter die Postbehörden anweisen, während der Dauer von 3 Monaten alle für den Gemeinschuldner eingehenden Briefe dem Offizialverwalter zu überliefern, auch diese Anweisung nach Bedürfniß erneuen[60]).

Besitz und Aufbewahrung der zur Masse gehörigen Sachen und Schriften hat der Offizialverwalter, der jedoch die baaren Gelder, Staats- und andere Werthpapiere (auch Wechsel), mit Ausnahme eines nach Ermessen des Richters zur Deckung von Ausgaben genügenden Betrages, zur Bank von England einzuliefern; und im Uebrigen bis zum Eintritt der gewählten Verwalter der Dispositionen über die Substanz sich zu enthalten hat. Nur Maßregeln zur Erhaltung der Masse stehen ihm zu, und — mit Genehmigung des Richters, der Verkauf von Sachen, die dem Verderben ausgesetzt sind, oder deren längere Aufbewahrung der Masse Nachtheil bringen würde[61]).

Wir haben noch die Maßregeln ins Auge zu fassen, die in Betreff der Person des Gemeinschuldners ergriffen werden. Das englische Recht geht hier von eigenthümlichen Gesichtspunkten aus.

Bereits oben (§. 1) ist darauf hingedeutet, wie allmälig eine mildere Auffassung des Konkurses die ursprünglich strengere verdrängte, denselben zu einer Wohlthat für den redlichen aber unglücklichen Schuldner umschuf, und als einen der Zwecke des Verfahrens auch die Befreiung desselben von allen Ansprüchen für die Zukunft hinstellte. Diese Auffassung, sodann die Erwägung, daß auch der in Bankerutt Verfallene für ehrlich zu halten, so

58) ibid. s. 120 — 122, 260, 261.
59) ibid. s. 269.
60) ibid. s. 124.
61) ibid. s. 39.

lange nicht Beweise des Gegentheils vorliegen; endlich die seit längerer Zeit in England sich kundgebende Abneigung gegen die Anwendung der Personalhaft in Civilsachen[62]); — diese Momente haben auch im Konkurse die Festsetzung der Haft gegen den Gemeinschuldner auf möglichst geringes Maaß beschränkt. Sie soll nur dann stattfinden, (dies läßt sich als Resultat der gesetzlichen Bestimmungen feststellen) wenn der Zweck des Verfahrens ihre Anwendung erheischt; nicht also, um aus der Person des Schuldners ein Executionsobjekt neben seinem Vermögen zu machen; nicht um ihn als präsumtiven Betrüger in Untersuchungshaft zu halten[63]); sondern um durch seine Person zu seinem Vermögen zu gelangen, und seine Gegenwart, wenn im Interesse der Sache erforderlich, zu erzwingen. Dieser Anschauung entspricht es, daß der Schuldner, sobald er freiwillig sich dem Richter stellt, seinen Verfügungen sich unterwirft und sein Vermögen ohne Rückhalt hergiebt, wie durch Cessio bonorum, vorläufig mit der Haft verschont wird; und nicht blos im Konkursverfahren, sondern auch seinen Gläubigern gegenüber, deren Befugniß, auch während des Konkurses sich an die Person des Schuldners zu halten, an sich nicht unstatthaft ist[64]).

So wirkt das Konkursverfahren, das anderwärts die Haft des Schuldners zur regelmäßigen Folge hat, in England gerade einen höchst bedeutsamen Schutz gegen die Möglichkeit derselben. Allerdings aber nur, wenn der Schuldner sich dieses Schutzes würdig zeigt. Im Einzelnen gestaltet sich das Verfahren, wie folgt.

Mit der Bekanntmachung der Konkurseröffnung ergeht an den Gemeinschuldner die Aufforderung, sich spätestens in dem zweiten öffentlichen Termine dem Richter persönlich zu gestellen und

---

62) s. 1 & 2 Vict. c. 110; 7 & 8. Vict. c. 96, durch welches letztere Gesetz die Schuldhaft bei Forderungen bis 20 L. ganz aufgehoben ward.

63) Diese Zwecke sind oft genug in den Motiven der neuern Konkursgesetzgebungen angeführt.

64) Vorausgesetzt, daß sie aus der Masse ihre Befriedigung nicht suchen; s. später.

zu überliefern (to surrender and conform)[65]. In der Zwischenzeit wird seine Inhaftnahme nur veranlaßt, wenn er der Flucht oder sonstiger Entfernung oder der Beiseiteschaffung seines Vermögens verdächtig wird[65]. Befindet er sich in Schuldhaft, so verbleibt er in derselben; ja er kann auf Betreiben eines einzelnen Gläubigers noch während dieser Zeit in Haft genommen werden, und dem nur dadurch entgehen, daß er sich sofort dem Konkursrichter überliefert. Die Ueberlieferung geschieht durch persönliches Gestellen vor dem Kommissar, Abgabe und Unterzeichnung einer Erklärung der Unterwerfung unter die Befehle des Gerichts und Ableisten des Versprechens, sich den Bankeruttgesetzen gemäß verhalten zu wollen[66].

Durch diesen Act tritt der Gemeinschuldner, wie unter die Befehle, so auch unter den Schutz des Gerichts; dieser zeigt sich darin, daß er von nun ab bis zur Beendigung seiner Verhöre und der Ertheilung des Certificats über sein Verhalten nicht in Civilhaft genommen werden darf, und wenn er darin sich befand, in der Regel sofort auf Anordnen des Richters entlassen werden muß. Ausnahmsweise muß er auch ferner in Haft verbleiben, wenn Ansprüche wegen betrüglichen oder sonstigen unerlaubten Verhaltens die Veranlassung seiner frühern Verhaftung waren[67].

Der Schutz des Gerichts wird aber dem Schuldner nur zu Theil, wenn er seinerseits überall den Anordnungen desselben Folge leistet. Daß und wie er über sein Vermögen und seine Angelegenheiten vernommen werden kann, ist früher erwähnt; er muß aber auch ferner, was er von seinem Vermögen in Händen hat, den Verwaltern getreulich überliefern und bei schwerer Strafe Nichts verhehlen oder über Seite bringen[68]. — Kommt

---

65) 12 & 13 Vict. c. 106, s. 104, 119.

66) ibid. s. 112, 161, 251.

67) ibid. s. 112 zählt auf: Ansprüche wegen Betrugs, Treubruchs, Verletzung eines Eheversprechens, Verführung, Ehebruchs, Verläumdung, körperlicher Mißhandlungen, böswilliger Schadenszufügung, böswilligen Antragens auf Konkurseröffnung, und wegen Verletzung der Steuergesetze.

68) ibid. s. 251.

er diesen Pflichten nicht nach, oder werden später Thatsachen und Umstände bekannt, die sein Verhalten vor oder nach der Konkurseröffnung nicht als conform den Bankeruttgesetzen erscheinen lassen, so kann der Richter ihm den gewährten Schutz entziehen, und es treffen ihn außerdem die später zu erwähnenden Folgen [69]). —

Der Gemeinschuldner endlich, der sich dem Gerichte gar nicht, das heißt nicht spätestens um 3 Uhr Nachmittag am letzten Tage der Frist stellt und überliefert, hat nicht nur auf den vorerwähnten Schutz keinen Anspruch, sondern macht sich auch eines Verbrechens (felony) schuldig, als dessen Strafe 7 jährige bis lebenslängliche Transportation oder Gefängniß, mit oder ohne Zwangsarbeit, bis auf die Dauer von 7 Jahren angedroht ist [70]). —

(Fortsetzung folgt).

69) ibid. s. 256.

70) ibid. s. 251. Er gilt als betrüglicher Bankerottirer.

## IV.

# Zur Geschichte der Inhaberpapiere.

Von

Herrn Dr. Euler,
Advokat und Notar zu Frankfurt a. M.

In der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Inhaberpapiers wird das Geldern'sche Stadt- und Land-Recht für das Oberquartier von Ruremonde von 1619 (gebr. zuletzt Venlo 1783 und in Maurenbrecher rheinpr. Landr. II. 491) selten übergangen. Maurenbrecher (Lehrbuch 1834, S. 404) findet darin die älteste und vollständigste Gesetzgebung über die Papiere au porteur; Duncker und Renaud (Zeitschr. für deutsches Recht, V. 46. XIV. 321) heben hervor, daß schon darin der neben dem bestimmten Gläubiger genannte Inhaber des Briefs als selbstständiger Gläubiger, nicht als bloser Cessionar angesehen werde; Kuntze (Lehre von den Inhaberpapieren I. 74. 76) bemerkt, daß es in der Gesetzgebung bezüglich dieser Papiere einsam dastehe, hebt aber ganz richtig seinen Zusammenhang mit den in Holland geltenden Rechtsansichten hervor*).

Es ist nun gewiß auffallend, daß Obergeldern, in welchem keine namhaften Handelsplätze liegen, so ausführliche Satzungen über ein Institut besitzt, dessen Bedeutung sich doch grade nur bei einem lebhaften Handelsverkehre zeigen mußte. Dazu kommt,

*) Vgl. jetzt auch die so eben erschienene Abhandlung von Eigenbrodt in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern Bd. II. Nr. 212 ff.

Anmerk. des Herausgebers.

daß auch von einer literärischen Thätigkeit der Juristen dieses Ländchens sich kaum eine Spur zeigt (Maurenbr. rheinpr. Landr. II. 487), mithin diese Gesetzgebung nicht wohl den wissenschaftlichen Bestrebungen in dem Lande selbst ihre Ausbildung verdanken kann. Es liegt daher die Annahme nicht fern, daß diese Satzungen aus einem andern Rechte in das Gelderland nur herübergenommen worden seien, wie denn zu damaliger Zeit derartige Uebertragungen von Stadt- und Landrechten häufig genug stattfanden. Obwohl nun bis jetzt ein solcher Zusammenhang des Geldern'schen Rechts mit einem andern noch nicht bemerkt worden ist, so scheint doch allerdings die Quelle jener Satzungen über die Inhaberpapiere in dem Rechte der berühmten Handelsstadt Antwerpen von 1582 (Rechten ende Costumen van Antwerpen, ghedruct tot Ceulen 1584) gesucht werden zu müssen. Hier finden sich nemlich in Cap. 53, art. 5 — 9 ausführliche Vorschriften über „obligatien inhoudende clausule, brengher s'briefs" und wenn dieselben auch nicht wörtlich mit dem Geldern'schen Rechte gleich lauten, so stimmen sie doch nicht nur in dem Sinne, sondern selbst in einzelnen Wendungen und Wortfügungen so sehr mit Letzterem überein, daß der Zusammenhang beider Rechte in dieser Lehre nicht zu verkennen ist. Da Brabant und Obergeldern damals (1619) unter derselben spanisch-österreichischen Herrschaft standen, so läßt sich diese Beziehung auch wohl erklären.

Es correspondiren nun die art. 6, 7 und 9 des Antwerpener Rechts den Num. 3, 5 und 6 des Geld. Rechts Thl. IV. tit. 2. §. 2. Der merkwürdige art. 8 des Antw. Rechts, wonach selbst diejenigen Papiere mit gedachter Clausel gültig sein sollen, in welchen der Name des ursprünglichen Gläubigers ein fingirter und diese Person gar nicht „in wesen" wäre, ist in das Geld. Recht nicht übergegangen: es scheint, daß diese Bestimmung welche den Inhaber des Papiers gänzlich von dem benannten, ursprünglichen Gläubiger losreißt und überhaupt die Benennung eines solchen als einen reinen Ueberfluß erkennen läßt, in den Augen der Verfasser des Geld. Rechts zu weit ging. Dagegen findet die Nummer 4 des Geld. Rechts, welche dem Inhaber ein Klagerecht in eigenem Namen zuspricht, ihr Vorbild in ei-

nem Zusatzartikel, welcher dem Antw. Rechte später beigefügt wurde und in der Christyn'schen Sammlung aller Costumen van Brabandt (Brabands-Recht, Brüss. 1682) I. 454 abgedruckt ist.

Unter allen in dieser großen Sammlung enthaltenen Rechten ist übrigens nur noch ein einziges, welches der Clausel „van hebber oft brengher s'briefs" erwähnt, nemlich die 1619 erneuerten Costumen en de Usantien der Stadt Berghen op-ten-zoom (II. 783). Dieselben aber schreiben dieser Clausel in Rentbriefen keine Gültigkeit zu, indem hier der Inhaber sich durch einen gehörigen Transport oder sonsten ausweisen müsse, dagegen genüge diese Clausel in „personele obligatien" wie dies in den Handelsstädten üblich sei.

---

V.

# Der Kauf auf Probe oder auf Besicht.

Vom

Herausgeber.

## §. 1.

Das von Neueren als Kauf auf Probe, oder Kauf auf Besicht bezeichnete Rechtsinstitut war unstreitig bereits den Römern bekannt, und bei ihnen in häufigem Gebrauch; die wirklichen oder vermeintlichen Regeln des Justinianeischen Rechts liegen auch den neueren Gesetzbüchern zu Grunde, und die moderne Doctrin lehnt durchaus an sie an.

So scheint denn die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der bevorstehenden gemeinsamen Gesetzgebung eine verhältnißmäßig leichte. Es gilt nicht, einem neuen Verkehrsinstitut seine rechtliche Normirung zu geben, und seine Stellung im Rechtssystem anzuweisen, wie etwa dem Inhaberpapier, den verschiedenen Arten der Versicherungsverträge, den eigenthümlichen Geschäften mit Werthpapieren, der Commanditgesellschaft — man braucht ja nur in den unerschöpflichen Fortunatsseckel der Römischen Jurisprudenz hineinzugreifen, um die leitenden Prinzipien wie deren Consequenzen für jede Einzelfrage mit Sicherheit darlegen zu können.

Dennoch erhebt sich hier eine doppelte Schwierigkeit. Die eine ist unserer Lehre mit anderen Instituten des Civilrechts gemein: sie liegt in dem casuistischen und unsystematischen Charakter der Römischen Rechtsquellen, und unserer unzureichenden Kunde der Römischen Verkehrsverhältnisse, auf welche deren Inhalt berechnet ist. Die zweite, nicht minder erhebliche, beruht vorzugs-

weise auf dem beweglichen Charakter der Verkehrsobligationen, welche durch den Willen der Betheiligten und dem wechselnden Bedürfniß entsprechend, bald neu in neuen Formen entstehen, bald den alten Inhalt unter einem neuen Gewande verdecken, häufig jedoch auch unter der alten Hülle einen durchaus neuen Rechtskern bergen. Wo diese letzte Möglichkeit vorliegt — und sie ist für viele Institute unseres heutigen Handelsrechts zu behaupten — fällt der Wissenschaft die weitere Aufgabe zu, statt unbefangener Anwendung des ermittelten Inhalts der Römischen Quellen, die gegenwärtige Verkehrserscheinung selbstständig zu analysiren, um so ein sicheres Urtheil, sei es über die Anwendbarkeit Römischer, sei es über die Existenz neuerer gewohnheitlicher Rechtsregeln, sei es über die Nothwendigkeit einer neuen Normirung zu gewinnen.

Eine Revision des im Eingange erwähnten Instituts von diesem Standpunkt aus, erscheint dringendes Bedürfniß. Ungeachtet hier die Bearbeiter des Römischen Privatrechts und des Handelsrechts in erfreulicher Weise zusammengewirkt haben — es genügt auf die bahnbrechende Abhandlung Cropp's (Juristische Abhandlungen Bd. I. Nr. 12. Vom Handel auf Besicht), auf die gründlichen Erörterungen v. Vangerow's (Lehrbuch der Pandekten Bd. III. §. 635), auf die scharfsinnige Entwickelung Thöl's (Handelsrecht I. §. 71) zu verweisen —, so ist doch noch keine der vielen Streitfragen erledigt, welche schon zur Glossatorenzeit die Ausleger der Römischen Quellen beschäftigt, und ganz neuerdings die Verfasser des Preußischen Handelsgesetzentwurfs zur wohlberechtigten Klage über die Unsicherheit der Theorie veranlaßt haben.[1]) Ein kritischer Aufbau auch nur der Römischen Lehre fehlt noch gänzlich, und die Verwechselung verschiedener, wie die Trennung zusammengehöriger Institute mußte nicht allein die bedenklichsten Interpretationsversuche hervorrufen, sondern auch jeder klaren Einsicht den Weg versperren. Für die Stellung im System haben nur Treitschke (der Kaufcontract

---

1) Entwurf eines Handelgesetzbuchs für die Preußisch. Staaten. Theil II. Motiv S. 184 — 186.

Leipzig 1838) und Thöl einige unzureichende Andeutungen gegeben.

Die einzige monographische Bearbeitung ist die bereits erwähnte Abhandlung Cropp's; zum Theil unserer Lehre gewidmet das Programm Gensler's de emtione venditione, quae fit ad mensuram, ad numerationem, pondusve vel ad gustum. Jena 1814. Die ausführliche Darstellung bei Glück (Pandektencommentar XVII S. 156—167) ist eine unkritische Compilation. Die sonstige ältere Litteratur findet sich vornehmlich in den Pandektencommentaren zu lib. 18. tit. 1. tit. 6. lib. 19. tit. 5., die neuere in den Lehrbüchern des Römischen Privatrechts und Handelsrechts, und wird bei den einzelnen Punkten angegeben und besprochen werden. Von der auswärtigen Litteratur zeichnet sich die französische durch Reichhaltigkeit aus.

Die nachfolgende Darstellung zerfällt in 3 Abschnitte:

1) Den römischrechtlichen Theil, in welchem des heutigen Rechtsinstituts nur insoweit Erwähnung geschehen soll, als dessen Construction von Neueren aus den Römischen Quellen versucht wird. Für die Dogmengeschichte gewähren die Litteraturnotizen des folgenden §. den nöthigen Anhalt.

2) Die Prüfung des heutigen Rechtsinstituts, unter genauer Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher, Gesetzentwürfe, und der deutschen wie der ausserdeutschen Praxis und Rechtslitteratur.

3) Resultate für die legislative Gestaltung.

Sollte in der Erörterung des ersten Abschnitts die vorwiegend historisch-exegetische Methode Bedenken erregen, so vermag ich dem gegenüber nur die Ueberzeugung auszusprechen, daß auf diesem, freilich mühsameren, Wege allein eine endliche Erledigung der wichtigsten Streitfragen, welche großentheils auf verschiedener Quelleninterpretation beruhen, denkbar erscheint. Es versteht sich von selbst, daß die geschichtliche Erörterung handelsrechtlicher Lehren nicht das bedenkliche Privileg größerer Ungründlichkeit gegen andere Theile des Privatrechts voraus hat.

# Erster Abschnitt: Das Römische Recht.

## Cap. I. Die verschiedenen Ansichten.

### §. 2.

Die einstimmige Lehre aller Neueren geht dahin, daß der in den Quellen mehrfach erwähnte Weinhandel mit Kosten (degustatio) eine besonders ausgebildete species des auf die reine Willkühr des Käufers gestellten Kaufvertrags sei, für welchen bei den Römern die Formeln si placuerit emtus esto, si displicuerit inemtus esto, bei uns die Klauseln „auf Besicht" „auf Probe" und ähnliche vorkommen, und den wir am treffendsten als Handel nach Belieben bezeichnen dürften (cf. §. 17). Sie sprechen dies entweder ausdrücklich, oder indirect dadurch aus, daß sie einer Verschiedenheit beider Institute gar nicht erwähnen, und noch deutlicher, indem sie für beide dieselben Quellenbelege anführen [1]). Der älteren wesentlich exegetischen Quellenbehandlung lag es näher, diese Lehren wenigstens äußerlich zu scheiden, weil dieselben in verschiedenen Pandektentiteln dargestellt sind. Doch weisen auch manche von den Neueren auffallenderweise dem Reuvertrag (pactum displicentiae) [2]), noch

---

1) Schon Cujaz Comm. in Cod. IV, 48. (Opp. ed Fabrot IX. p. 379.) Frantzke Comm. in 21 libros Pand. (Argentor. 1644) ad. lib. 18 tit. 1 no. 294. 295. 299. Suerin repet. lect. juris civil. cap. 28 i. f. (Otto Thesaurus IV. p. 479) Cropp a. a. O. S. 188. Mühlenbruch Pandekten II. §. 395 not. 6. Pöhls Handelsrecht I. S. 170 not. 12. Schrader ad §. 4. J. de emt. (3,23). Göschen Vorlesungen II. 2. S. 341. 347. Unterholzner Schuldverhältnisse II. S. 254. Savigny System III. S. 131. not. i. Puchta Pandekten §. 360 not. i. Thöl S. 297. 298. 303. not 25. Vangerow III. S. 452. 453. 454. Sintenis Civilrecht II. §. 116. not 4. Seuffert Prakt. Pandektenr 3. Aufl. §. 324 not. 8. Arndts Pandekten §. 301. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 338. Souchay Anmerkungen zur Reformation der freien Stadt Frankfurt II. S. 224. Brinz Pandekten S. 483. Oberappellationsgericht zu Dresden in Seuffert's Archiv II. No. 169.

2) z. B. Thibaut Pandekten (8. Aufl.) §. 473. 619. Schweppe

Andere sogar der Klausel si placuerit[3]) eine besondere Stelle im System an, ohne sich über das Verhältniß dieser sogenannten „Nebenverträge" zu dem Handel nach Belieben zu erklären.

Diese species nun, mitunter sogar die ganze Gattung solcher Kaufverträge bezeichnen sie mit dem quellenwidrigen Ausdruck einer emtio ad gustum, und aus dem erfundenen Namen zieht Cropp S. 191 Schlüsse, wie für das Römische Recht, so auch für das heutige Institut.

## §. 3.

Dieser Kauf ad gustum ist, nach der Lehre Vieler, stets [4])

---

Röm. Privatrecht 4. Aufl. III. §. 533. 534. Göschen Vorlesungen II. 2. §. 495 ff. 576. Roßhirt Gemeines Deutsches Civilrecht II. §. 427. 429. 436. Puchta Pandekten §. 360. 263. Arndts Pandekten §. 301. 249. Seuffert Prakt. Pandektenr. §. 277. 324 394.

3) Frantzke lib. 18. tit. 1 no. 296 — 298. lib. 18 tit. 6 no. 32 ff. Voet Comm. ad Pand. lib. 18 tit. 1 no. 24. 26. lib. 18 tit. 6 no. 3. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 583 ff. 689. 685 ff. Glück XVI. S. 224 — 227. Mühlenbruch III. §. 395. 405. Unterholzner §. 433. Arndts §. 249.

4) Joannes, Bulgarus, Placentinus in der Gl. si vinum zu l. 1. D. de P. et C. (18,6). Frantzke lib. 18 tit. 1. no. 294. 295. lib. 18 tit. 6. no. 7. 27. 28. 41. Carpzov jurispr. for. pars II. const. 26. dec. 23. Lauterbach Colleg. theor. pract. XVIII. 6. §. 19. & disput. 154 no. 22 (diss. acad. IV). Struv syntagma juris civilis exerc. 23 §. 101. Voet Comm. lib. 18 tit. 1 no. 24 lib. 18 tit. 6. no. 3. Stryk tract. de jure sensuum diss. 6. cap 1. no. 13. 15. 16. cap. 2. no. 3. 4. 5. Hofacker princ. juris III. §. 1907. Titius jus privat. Romano-Germanicum lib. 4. cap. 2. §. 27. Pothier traité du contrat de vente no. 310, u. Pandectae Justin. lib. 18. tit. 6 no. 14. 15. Höpfner Institutionem Commentar § 871. Westphal Kauf §. 583. 585. Schömann Handbuch des Civilrechts II. S. 218. Gensler a. a. O. §. 6. 8. Schweppe Privatrecht III. §. 583. Thibaut Pandekten 8. Aufl. §. 473 und Braun Erörterungen zu Thibaut I. S. 196. Göschen II. §. 495. 498. Roßhirt II. §. 427. 429. Koch Recht der Forder. III. S. 626. 627. Schilling Institutionen III. §. 291. not. m. n. Mommsen Beiträge I. S. 338. —

oder doch in der Regel [5]) ein suspensiv bedingter Vertrag, somit dessen Perfection und der Gefahrsübergang bis zur billigenden Erklärung des Käufers in der Schwebe. In der Regel: nämlich es treffe diese Präsumtion nur alsdann zu, wenn die Waare nach Abschluß des Vertrages in der Gewahrsam des Verkäufers verbleibe, wogegen bei gleichzeitiger Uebergabe die entgegengesetzte Vermuthung Platz greife [6]). Einige halten, der Uebergabe ungeachtet, an der Präsumtion für die Suspensivbedingung fest, sofern nicht erhelle, daß die Uebergabe lediglich zur Erfüllung des Vertrags geschehen sei. Nur im letzten Falle sei resolutive Bedingtheit zu vermuthen [7]).

Die geradezu entgegengesetzte Ansicht, nach welcher eine Resolutivbedingung stets oder doch in der Regel anzunehmen sei, somit die Gefahr des Untergangs den Käufer treffe, ist zwar in der Glosse gebilligt, findet jedoch gegenwärtig nur wenige Vertheidiger [8]).

Zwei weitere wichtige Fragen, welche die älteren Ausleger der Römischen Quelle vielfach beschäftigt haben, und welchen wir

---

5) Glück XVII. S. 156 ff. Cropp S. 191 ff. Mühlenbruch Pandekten II. §. 395. Pöhls I. S. 166. 195. Seuffert §. 277 not. 6. §. 324 not. 8. Vangerow III. S. 452. 453. Souchay II. S. 224.

6) Cropp a. a O. Puchta §. 360 not. i. K. und Vorlesungen, Morstadt Commentar über das Handelsrecht S. 29. Brinckmann Lehrbuch des Handelsrechts §. 84. 85 nimmt im ersten Fall einen Kauf auf Besicht, im zweiten Fall einen Kauf auf Probe an.

7) Treitschke S. 109 — 112. 73. 89. 200. Wilda in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 50. 54. Thöl S. 303. Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfakultät zu Rostock. Berlin 1846. S. 8 ff. Sintenis II. §. 116 not. 4. Holzschuher Theorie und Casuistik des Civilrechts II. 2. S. 646. 647. 650.

8) Azo und Accursius in der Gl. „si vinum“ u. „id est perforatas“ zu l. 1. D. de P. et C. (18,6). Ulrich Huber praelect. juris civil. lib. 18 tit. 6. no. 5. Thibaut Pandekten in den älteren Auflagen §. 175 not. i — l. Trummer Archiv für Handelsrecht I. S. 338. 339. Bender Handelsrecht I. §. 88. Brinz Pandekten S. 481. 482.

in der Französischen Rechtslitteratur wiederum begegnen, werden von den Neueren entweder völlig übergangen, oder, mit seltenen Ausnahmen, verneint: nämlich ob der Prüfungsvorbehalt überhaupt oder in gewissen Fällen subintelligirt werde[9]), und ob dem willkührlichen Verwerfungsrecht des Käufers irgend welche Schranken gezogen seien[10]).

Endlich ist man zwar über die Bestimmung der Zeit, innerhalb deren der Käufer seine Billigung oder seine Mißbilligung zu erklären habe, im Wesentlichen einig; nicht dagegen über die Folgen, welche deren Nichtinnehaltung nach sich zieht. Einige erachten alsdann die Bedingung für ausgefallen[11]), Andere für eingetreten[12]); die Meisten wollen, ohne sich über die Perfectionsfrage zu erklären, den Käufer die Gefahr als Folge seiner angeblichen mora tragen lassen[13]).

---

9) Subintelligirt wird der Vorbehalt bei Wein, nach Martinus; bei allen Dingen, welche gekostet zu werden pflegen, von der Mehrzahl der Glossatoren, mit Ausnahme des Accursius (Gl. „si vinum" und „refert se" l. c.) Ferner von Duaren in lib. 18. tit. 6 D. (Opp. II. p. 246 a. E.) Suerin l. c. Frantzke lib. 18. tit. 6. no. 29. 32 — 34. Lauterbach Colleg. th. pract. XVIII. 6. §. 19. 20 u. disput. 154 no. 22. Struv l. c. Die Meisten jedoch dagegen Faber Rationalia in Pand. ad l. 4. §. 1. D. de P. et C. (18,6). Stryk tractat. de jur. sensuum diss. 6 cap. 1. no. 9. 10. 21 — 24. Brunnemann Comment. in Pand. lib. 18 tit. 1. ad. l. 34. no. 12. Gensler a. a. O. §. 6. Glück XVII. S 159. 160. Unterholzner II. §. 433. not. a. Treitschke S. 194. Vangerow III. S. 454.

10) Gegen den gemeinhin angenommenen willkührlichen Rücktritt: Brunnemann l. c. Stryk l. c. diss. 6 cap. 2 no. 5. 27. Struv l. c. Schömann II. S. 216 — 219. Thibaut Pandekten, in den älteren Auflagen §. 175 not i. Mit Unterscheidungen: Unterholzner II. §. 433.

11) Voet Commentar. lib. 18 tit. 6. not. 3. Vangerow III. S. 453. Puchta Vorlesungen zu §. 360. Sintenis §. 116 no. 4. Mommsen Beiträge III. S. 155. Eigenthümlich Souchay II. S. 225.

12) Schömann II. S. 220. 221. Glück XVII. S. 161. Göschen II. S. 349. Unterholzner II. S. 254. Koch Recht der Forderungen III. S. 627.

13) Faber Rationalia ad. l. 1. pr. u. l. 4. pr. D. de P. et C. (18,6)

§. 4.

Zu einer sicheren Lösung aller dieser und anderer minder erheblicher Streitfragen dürften wir nur dadurch gelangen, daß wir zunächst den einen in den Quellen erwähnten angeblichen Hauptfall: den Weinkauf mit Kosten, am passendsten als Weinprobe bezeichnet, für sich behandeln, und sodann in einem folgenden Capitel den Handel nach Belieben darstellen. Daß diese Institute, obwohl ihrem practischen Zweck nach einigermaßen verwandt, doch in allen wesentlichen juristischen Beziehungen auseinandergehen, wird sich im Laufe der Erörterung ergeben. —

## Cap. II. Die Weinprobe (degustatio).

### I. Quellenzeugnisse.

§. 5.

Der Hauptsitz unserer Lehre ist der Digestentitel de periculo et commodo rei venditae XVIII. 6, wo sie in folgenden Fragmenten behandelt wird.

Ulpian lib. 28 ad Sabinum.

*l. 1. pr.* Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emtoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit; quodsi non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, vide-

---

Wissenbach Exerc. ad Pand. Th. I. disp. 35. lib. 18. no. 26. Frantzke lib. 18. tit. 1. nr. 298. Lauterbach Colleg. theor. pract. XVIII. 6. §. 29. Struv l. c. Stryk diss. 6 cap. 2. no. 12. 16. Pothier Pand. Justin. lib. 18. tit. 6. no. 14. 15, Vente no. 310. Westphal Kauf §. 583. Gensler l. c. §. 10. not 20. Hasse Culpa §. 90. Trummer im Archiv für Handelsrecht I. S. 342. Thibaut §. 478 not i. Cropp I. S. 199. Thöl S. 302. Wilda im Rechtslexikon VI. S. 51. Seuffert §. 277 not 6. Holzschuher II. 2. S. 651. Brinckmann §. 85 not 17. —

licet quasi tunc plenissime veneat, quum fuerit degustatum. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

*l. 4. pr.* Si quis vina vendiderit, et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quominus degustarentur, utrum praeteritum duntaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debeat, an vero etiam die praeterito, ut, si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat, an vero magis emtio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? Et intererit, quid actum sit; ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici, emtionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.

*l. 4. §. 1.* Si aversione vinum veniit, custodia tantum praestanda est; ex hoc apparet, si non ita vinum veniit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emtorem pertinere. Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet; quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit, dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit.

Gajus libro II. quotidian. rerum.

*l. 15.* Si vina, quae in doliis erunt, venierint,

easque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, siquidem de bonitate eorum affirmavit venditor, tenebitur emtori; quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet. Plane, si, quum intelligeret venditor, non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emtorem, tenebitur ei, quanti ejus interesset, admonitum fuisse.

Von besonderer Wichtigkeit ist ferner:

*l. 34 §. 5 D. de O. E. 18, 1.* (Paulus libro 33 ad Edictum). Alia causa est degustandi, alia metiendi; gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

Andere weniger erhebliche Fragmente werden weiter unten berücksichtigt werden.

Die nichtjuristische Litteratur gewährt keine Ausbeute. Wir erfahren nur, was sich von selbst versteht, daß die Römer die Güte des Weines, wie mancher anderer Gegenstände, durch den Geschmack zu erproben [1]), und daß sie Wein-, Oel- und Brühesorten als primi, secundi oder sequentis gustus zu classificiren pflegten [2]). Erheblicher ist eine Neapolitanische Inschrift (cf. §. 12 a. E.), vorzugsweise förderlich für die klare Einsicht

1) Columella de R. R. lib. I. cap. 8. lib. II. cap. 2. Terent. Heaut. III. 1, 48. Tacitus Annal. XII. 66. Plinius H. N. lib. 8. cap. 32. s. 50 i. f. lib. 21. c. 9. s. 108. lib. 31. c. 10. s. 46. no. 114. Festus und Varro de l. l. V. 3. v. Meditrinalia. Nur figürlich kommen degustare und gustare in anderen Stellen vor z. B. bei Ennius v. 341. (Trag. latin. rel. ed. Ribbeck). Cicero pro Archia poeta cap. 8 a. A.

2) Columella lib. III. c. 2. Das Edict Diocletian's de pretiis rerum venalium Tarif cap. II. 8. 9. (Mommsen in den Verhandl. der Sächs. Gesellschaft Bd. III. S. 8 ff.)

in unser Institut jedoch das bei Cato aufbewahrte Formular eines Weinhandels, welches die herkömmliche Gestalt der Probeclausel genau beschreibt.

Cato de Re Rustica cap. 148.

Lex vino in doliis.

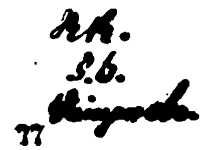
Vinum in doliis hoc modo venire oportet. Vini in culleos singulos quadragenae et singulae urnae dabuntur, quod neque aceat neque muceat, id dabitur. In triduo proximo, viri boni arbitratu, degustato. Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quominus vinum degustet, totidem dies emtori procedent. Vinum accipito ante K. Jan. primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. — Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.

## II. Suspensiv- oder Resolutivbedingung?

### §. 6.

Nach den vorgeführten Quellenzeugnissen geht mit der Vornahme der Weinprobe die Gefahr der Weinverschlechterung durch kahnig- und sauerwerden (periculum acoris et mucoris), welche bis dahin den Verkäufer trifft, auf den Käufer über. Hierin allein wird die Wirkung der Ausprobung gesetzt.

Unzweifelhaft allein davon ist die Rede in l. 4 pr. und l. 15 de P. et C. Dagegen geschieht im Eingange der l. 1. pr. zwar des Untergangs des gekauften Weines Erwähnung, allein ohne alle Verbindung mit der erst im folgenden Absatz erwähnten degustatio. Wenn, sagt Ulpian, verkaufte Weine sauer oder sonst irgend wie fehlerhaft geworden sind, so trifft dieser Schade (der Verschlechterung) den Käufer — wie es denselben ja auch treffen würde, falls der Wein ausflösse durch Zerbrechen der Gefäße, oder aus anderen Gründen (Gefahr des Untergangs) — denn ist der Kauf perfect, so trifft alle Gefahr den Käufer (l. 8 pr. h. t.). Hat indessen der Verkäufer die Gefahr über-





nommen, so trägt er dieselbe so lange, als er sich derselben unterworfen hat; ist keine Zeit dafür festgesetzt, bis zur Ausprobung.

Es wäre nun freilich möglich, die Gefahr, welche, ungeachtet des perfecten Kaufs, ausnahmsweise den Verkäufer bis zum festgesetzten Termin, oder bis zur Ausprobung trifft, nicht allein auf die Verschlechterung, sondern auch auf den beiläufig erwähnten Untergang des Weines zu beziehen [8]) — allein näher liegt die Annahme, daß Ulpian in dem zweiten und den folgenden Sätzen nur die Gefahr der Verschlechterung, von welcher er im Eingang des Fragments ausgeht, gemeint habe, nicht die lediglich zur Bekräftigung der an die Spitze gestellten Regel nebenbei berührte Gefahr des Untergangs.

Jedenfalls erledigt sich dieses Bedenken durch die in engster Verbindung mit unserer Stelle stehende l. 4. §. 1 h. t.

Ist, heißt es hier, Wein so verkauft, daß er nicht geprobt werden solle (aversione), so steht der Verkäufer weder für sauer- noch für kahnigwerden ein, sondern der Käufer trägt alle Gefahr, oder, was dasselbe sagen will, der Verkäufer steht nur für sorgfältige Aufbewahrung (custodia) ein. Soll dagegen eine Probe stattfinden, so trägt der Verkäufer bis zu dem für die Ausprobung festgesetzten Termin, oder bis zur wirklichen Probeanstellung die Gefahr des sauer- und kahnigwerdens.

Auf den weiteren Inhalt dieses Fragments komme ich später zurück. So viel geht aus demselben schon hier hervor, daß in Ermangelung einer (verabredeten oder wirklichen) Ausprobung den Käufer alle Gefahr trifft, im Falle der (verabredeten oder wirklichen) Ausprobung dagegen nicht die Gefahr des sauer-

---

8) Das thut Cropp und folgert gerade aus l. 1. pr., daß der Kauf ein suspensivbedingter sei S. 192: „allein, daß nach dieser Billigung der Handel erst für vollständig geschlossen erklärt, und bis dahin jede Gefahr, nicht nur der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges dem Verkäufer auferlegt wird, zeigt deutlich darauf hin, daß das Geschäft als ein bedingtes angesehen wurde." Ebenso Thöl §. 71 not. 25. Gensler §. 6. not. 13. Unterholzner II. S. 254 not. p. Ganz verworren Glück XVII. S. 162.

und Kahnigwerdens. Alle Gefahr aber ist, wie aus dem Gegensatz hervorgeht, und auch sonst feststeht [4]), die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung. Die erstere trifft daher stets den Käufer, mag eine Probe verabredet sein und stattfinden, oder nicht.

Hierdurch widerlegt sich die ohnehin willkührliche Auslegung, daß „in l. 4 pr. §. 1 nur exemplicatif von acor und mucor die Rede sei [5])," oder daß Ulpian „nur um deswillen der Gefahr des Untergangs keine Erwähnung thue, weil er in l. 4 §. 1 sowohl von dem resolutiv- als von dem suspensivbedingten Handel sprechen wolle [6])."

Auf diesen engen Zusammenhang der Weinprobe mit der Gefahr der Verschlechterung weist auch deutlich das Catonische Kauffformular hin — der Grund dieses Zusammenhangs wird sich unten ergeben (§. 9. 10).

## §. 7.

Steht es nun anderweitig fest, daß bei dem wirklich bedingten, nämlich dem suspensivbedingten Kauf die Gefahr des Untergangs während schwebender Bedingung den Verkäufer, die Gefahr der Verschlechterung dagegen den Käufer trifft [7]), und verhält es sich hier gerade umgekehrt, so kann der Weinverkauf mit Vorbehalt der Prüfung nicht ein suspensivbedingter, sondern muß ein resolutivbedingter sein.

---

4) l. 35. §. 7 de C. E. l. (18, 1). l. 5. de P. et C. (18, 6). l. 2 C. eod. (4, 48). l. 5. §. 2. 3 commodati (13, 6). l. 7. §. 15 D. de pactis (2, 14). Vatic. fragm. §. 16.

5) Schömann II. S. 218. Gensler §. 6 not. 13, der sich überdies auf die petitio principii stützt, daß bis zur Probe der Kauf imperfect sei, und die unrichtige Behauptung, daß ein suspensivbedingter Kauf auf Probe dem Kauf ad mensuram gleichstehe. Glück XVII. S. 162.

6) Unterholzner II. S. 254 not. p.

7) l. 8 pr. l. 10 pr. D. h. t. l. 5 C. h. t. l. 2 §. 1 — l. 4 pr. de in diem add. (18, 2) l. 10 §. 4. 5 de J. D. (23, 3). l. 14 pr. de novat (46, 2). Vatic. fragm. §. 16. 23.

Es läßt sich indessen dieser Beweis auch auf andere sichere Weise aus den Quellen erbringen.

I. In l. 34 §. 5 de C. E. (18, 1) hebt Paulus den Unterschied zwischen den Zwecken des Probens (degustare) und des Messens (metiri) hervor. Zweck des Probens sei das Recht der Mißbilligung zu gewähren (ut improbare liceat); das Messen dagegen diene nicht dazu, daß mehr oder weniger verkauft werde, sondern zur Ausmittelung der gekauften Quantität (ut appareat quantum ematur). Mit anderen Worten: in Folge der Probeanstellung kann der Käufer berechtigt sein, eine gekaufte Quantität ganz oder theilweise [8]) zurückzuweisen, in Folge des Messens niemals, vielmehr dient das Messen entweder zur Individualisirung des Kaufobjects (zum Ausscheiden aus einem größeren Vorrath), oder zur Feststellung des nach dem noch ungewissen Maaß bedungenen Preises.

In solchen Fällen ist nun, wie Paulus in demselben Buche (lib. 33 ad Ed.) sagt, die Perfection des Vertrages von der Ermittelung der Quantität abhängig:

> l. 8. pr. de P. et C. (18, 6): Et si id quod venierit *appareat*, quid, quale, *quantum* sit, et pretium, et pure veniit, *perfecta* est emtio.

Bis zur Perfection aber bleibt alle Gefahr beim Verkäufer:

> nam perfecta emtione periculum ad emtorem pertinet,

wie uns für den Fall der noch auszumittelnden Quantität auch anderweitig bezeugt ist [9]). Solche imperfecte Käufe sind freilich

---

8) Neuere Beispiele solcher theilweisen Zurückweisung beim Probekauf in der Hamburgischen Zeitsch. für Politik, Handel und Handelsrecht Jahrg. III. Bd. I. S. 34 ff., und in der von Duvergier de la vente Nr. 108 bezeugten Bordeauxer Usance beim Weinhandel.

9) l. 35. §. 7. de C. E. (18, 1) — omne periculum ad venditorem pertinere. l. 35. §. 5. eod. l. 1. §. 1 de P. et C. (18, 6) — priusquam enim admetiatur vinum, *prope quasi nondum venit*, post mensuram factam venditoris desinit periculum. l. 5. eod. — donec admetiatur *omne* periculum venditoris est. l. 2 C. de P. et C. (4, 48).

keine bedingte, wie man gemeinhin annimmt [10]). Gegen diese Auffassung hätte schon der Ausdruck des Paulus wahren sollen, welcher das pure noch neben der Quantitätsermittelung als ein selbstständiges Moment der Perfection hinstellt; und sie ist unvereinbar mit der, nach den Not. 9 angeführten Quellenzeugnissen, nicht wegzuleugnenden Tragung des periculum deteriorationis durch den Verkäufer [11]). Sie sind vielmehr nach älterer Römischer Anschauung noch gar keine Käufe, weil der Kauf seiner ursprünglichen Realvertragsnatur nach, in welcher dingliche und obligatorische Elemente noch ununterschieden neben einander liegen, einen individuell bestimmten Gegenstand und einen genau bestimmten, sogleich zahlbaren (wägbaren) Preis verlangte. Allein die spätere Jurisprudenz hielt die Verbindlichkeit für beide Theile indirect dadurch aufrecht, daß sie dieselbe als „gleichsam bedingt" durch die Ermittelung der Quantität auffaßte [12]), und so die Anwendung der für bedingte Geschäfte geltenden Rechtsregel ermöglichte, daß die Verhinderung der Erfüllung der Bedingung durch den bedingt Verpflichteten zu dessen Nachtheil als Erfüllung der Bedingung gelte [13]). So konnte sich nun kein Theil von dem Geschäft einseitig lossagen.

Indessen darin kommen diese imperfecten und die wirklich

— imperfecta etiam tunc venditione. — l. 12 C. de A. E. V. (4, 49). Vatic. fragm. §. 16.

10) Gegen die gemeine Meinung, doch ohne nähere Begründung, schon Windscheid in der Heidelberger kritischen Zeitschrift II. S. 187 not. 21, und Arndts Pandekten §. 302 not. 2.

11) Gegen die gemeine Ansicht (z. B. Thöl §. 75. not. 5. Mommsen Beiträge I. S. 342) vgl. Unterholzner II. §. 454 not. m. Vangerow III. S. 451. Arndts §. 302 not. 2. Windscheid a. a. O.

12) Sabinus und Cassius bei Gaius l. 35. D. de C. E. (18, 1): — quia venditio *quasi* sub hac conditione videtur fieri. — Ulpian l. 1. §. 1. D. de P. et C. (18, 6) — quasi nondum venit. —

13) l. 24. 81. §. 1. de cond. (35, 1). l. 161 de R. J. (50, 17). l. 50 de C. E. (18, 1). l. 85. §. 7. de V. O. (45, 1). Savigny System III. S. 140 ff.

bedingten Käufe überein, daß die Gefahr des Untergangs nicht den Käufer, sondern den Verkäufer trifft.

So ist denn der Gegensatz zwischen dem Kauf ad mensuram und dem Kauf mit Vorbehalt der Probe ein vollkommener. Der erste ist noch gar nicht perfect, daher alle Gefahr beim Verkäufer; der zweite vollkommen perfect, daher die Gefahr des Untergangs beim Käufer, kann aber durch Mißbilligung (improbare) wieder aufgelöst werden. Der Ausdruck improbare steht dem displicet (cf. §. 16) vollkommen gleich, und zeigt, wie dieses, klar an, daß nicht die Perfection von der Billigung, sondern die Auflösung von der Mißbilligung abhängig ist [14].

II. Nicht minder deutet auf einen resolutivbedingten Kauf der Ausdruck der *l. 1. pr. h. t.* „quasi tunc plenissime veneat, quum fuerit degustatum." Derselbe ist höchst bezeichnend, wenn durch die Vornahme der Probe der Weinhandel vollkommen unwiderruflich, ganz sicher wird — dagegen wenig zutreffend, falls der Kauf bis zur degustatio noch gar nicht rechtlich existirte, erst durch diese perfect würde. Nur irrthümlich haben Cropp S. 192. 201, Thöl S. 303 not. 25 und Andere gerade hierin eine Hauptstütze für die suspensive Bedingtheit finden können.

III. Vollkommen bestätigt wird endlich dieses Resultat durch die stets mißverstandene *l. 4. pr. h. t.* Es handelt sich um die Folgen der mora des Verkäufers, falls für die Probe ein Endtermin gesetzt ist. Drei verschiedene Annahmen, sagt Ulpian, seien möglich:

1) utrum praeteritum — debeat. Der Verkäufer hätte nur für die Verschlechterung des Weines vor dem Termine einzustehen; sofern also der Wein erst nachher umgeschlagen, so würde das nicht den Verkäufer, sondern den Käufer treffen.

---

14) Es ist in jeder Beziehung ungegründet, wie sich §. 9 ergeben wird, wenn Cropp S. 192. 204 diesen Ausdruck so deutet „es werde damit dem Käufer nur die Befugniß beigelegt, sich nach Gefallen vom Handel los zu machen, ohne daß damit über die Natur der Bedingung, vermöge welcher ihm dieses freisteht, etwas ausgesprochen würde."

2) an vero etiam — pertineat. Den Verkäufer träfe, als Folge seiner mora, die Gefahr der Verschlechterung auch über den Termin hinaus.

3) an vero magis — degustata. Der Kaufvertrag gälte als gelöst, d. h. er erzeuge gar keine Verbindlichkeiten auf beiden Seiten, als ob er unter einer, nun ausgefallenen, Bedingung geschlossen sei, nämlich so: si ante illum diem degustata fuerint (sc.: emta sunto).

Ulpian will zunächst den erkennbaren Willen der Contrahenten entscheiden lassen: intererit quid actum sit. Im Zweifel indessen sei anzunehmen, daß der Kauf bestehen bleibe (emtionem manere), und den Verkäufer die Gefahr des Verderbs auch über den Probetermin hinaus treffe.

Ulpian entscheidet sich also offenbar gegen die dritte, wie gegen die erste Annahme. Gegen die dritte, denn die Annahme einer suspensiven Bedingtheit würde dahin führen, dem vermuthlichen Willen der Contrahenten entgegen, alle Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage für weggefallen zu erachten (emtio soluta, entsprechend dem emtio nulla in l. 37 D. de C. E. (18, 1) und l. 8. pr. D. h. t.). Man könnte gegen diese Consequenz das Bedenken erheben, daß ja alsdann es von der Willkühr des Verkäufers abhängen würde, auch wider den Willen des Käufers den Eintritt der Bedingung zu vereiteln, daß sie also der eben angezogenen Regel für bedingte Rechtsgeschäfte widerspräche. Allein diese Regel würde im vorliegenden Falle nur dazu führen, die vom Verkäufer verhinderte Probe als geschehen anzunehmen, damit aber gerade die spätere Verschlechterung auf Gefahr des Käufers gehen zu lassen. Die Consequenz ist also vollkommen richtig, zeigt aber, wie mißlich es für den Käufer wäre, sich auf einen solchen, wesentlich von der Willkühr des Verkäufers abhängigen Vertrag einzulassen [15]). Von einer wirklichen mora

15) Irrthümlich daher Cropp S. 198: „Und, wenn endlich in der l. 4. pr. von einer Fortdauer des Handels geredet wird — so ist das nur in Beziehung auf die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Geschäft gesagt, diese ist aber allerdings anzunehmen, wenn man den Handel auch als einen bedingten ansieht." Ulpian sagt ja

bei einem suspensivbedingten Contract könnte ohnehin nicht die Rede sein (cf. §. 21).

Ebenso verwirft Ulpian die erste Annahme. Denn ihr zufolge müßte der Käufer auch den verschlechterten Wein nehmen und den vollen Kaufpreis zahlen, ungeachtet er bei rechtzeitiger Prüfung vielleicht im Stande gewesen wäre, sei es der Verschlechterung vorzubeugen, sei es den noch unverdorbenen Wein sofort zu verkaufen. Bei dieser Annahme würde also der Vertrag zwar bestehen bleiben, weil er resolutivbedingt war, allein die mora des Verkäufers käme gar nicht in Betracht.

Die zweite adoptirte Auffassung entspricht, nach Ulpian, dem präsumtiven Willen der Contrahenten am meisten. Der Kauf bleibt, ungeachtet der mora, bestehen, war also resolutivbedingt. Der Käufer kann auf Vorweisung des Weins behufs der Probe klagen, und, falls er den Wein verschlechtert findet, entweder vom Kaufe zurücktreten (improbare) [16], oder zwar den Wein behalten, jedoch, nach allgemeinen Grundsätzen, wegen der Verschlechterung sein Interesse liquidiren (Vangerow III. §. 588 Anmerk. 3). Damit stimmt durchaus das Catonische Formular:

> — quot dies per dominum mora fuerit, quominus vinum degustet, totidem dies emtori procedent.

Vergl. auch l. 31 §. 23 D. de aedil. ed. (21, 1).

## §. 8.

Unterläßt der Käufer die ihm zustehende Prüfung innerhalb der festgesetzten oder ordnungsmäßigen (§. 11.) Zeit, oder

---

ausdrücklich, welche Folgen im Fall eines so gefaßten suspensivbedingten Vertrags eintreten. Lautete die Fassung des suspensivbedingten Vertrages so wie beim Kauf nach Belieben, also auf das einseitige Belieben des Käufers gestellt, so wäre die Cropp'sche Deduction vollkommen richtig.

16) Faber Rational. ad l. 4. pr. h. t. Brinz S. 482, der indessen unerklärlicherweise ungeachtet der resolutiven Bedingtheit alle Gefahr dem Verkäufer auferlegen will.

rügt er bei Anstellung der Probe die Qualität des Weines nicht, unterläßt er also die Mißbilligung, so ist nun der Kauf unwiderruflich.

l. 34 §. 5. D. de C. E. — gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat.

l. 15 D. de P. et C. — quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.

Das male probavit deutet nicht, wie Cropp S. 201. 203 meint, auf die Nothwendigkeit einer Billigung zur Perfection des Handels — solcher geschieht nirgends Erwähnung, — sondern will nur sagen, es sei des Käufers eigene Schuld, wenn er verdorbenen Wein, ungeachtet er sich durch die Probe von dessen Schlechtigkeit habe überzeugen müssen, nicht aufgeschossen, also ihn zu seinem Nachtheil gutgefunden habe.

l. 1 pr. eod. — videlicet quasi tunc plenissime veneat, quum fuerit degustatum.

l. 4 pr. eod. — periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.

Das ist der entscheidende Grund. Hat also der Verkäufer an der Verzögerung keine Schuld, so muß nach logischen Gesetzen angenommen werden, daß die Gefahr denselben nicht weiter treffe, der Vertrag somit unwiderruflich geworden sei.

l. 4 §. 1. eod. — quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit.

Cato l. c. — In triduo proximo — degustato. Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit.

Hierin liegt ein weiterer unumstößlicher Beweis für die resolutive Bedingtheit des Handels. Das bloße Schweigen des Käufers gilt nicht als Mißbilligung [17]), der Kauf bleibt also bestehen.

17) Das gibt auch Cropp für den resolutivbedingten Handel zu. S. 201. 203. Thöl S. 302.

## III. Willkührlicher Rücktritt?

### §. 9.

Den gekosteten Wein darf der Käufer aufschießen, ganz oder theilweise.

l. 34. §. 5. de C. E.: gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat.

Aus dieser Stelle haben Einige entnehmen wollen, daß der Käufer nur aus hinlänglichen Gründen den Wein aufschießen dürfe [18]), wogegen umgekehrt die überwiegende Mehrzahl das willkührliche Verwerfungsrecht des Käufers gerade auf dieses Fragment stützt [19]), wohl auch zum Beleg das Sprüchwort hinzufügt: de gustibus non est disputandum, in Geschmackssachen ist Jeder sein eigener Richter ꝛc.

Diese allgemeineren Argumente wären zutreffend, falls erhellte, daß die Stetigkeit des Handels auf den Geschmack des Käufers gestellt wäre. Das ist jedoch keineswegs der Fall. Paulus sagt nur: das Schmecken, d. h. die Anstellung der Weinprobe, nützt dem Käufer dazu, daß er mißbilligen dürfe. Er gibt weder an, ob er willkührlich, oder ob er nur aus bestimmten Gründen mißbilligen dürfe. Es ist durchaus unzulässig, aus dem Mißbilligendürfen auf das willkührliche Mißbilligendürfen zu schließen.

Wohl aber bindet Paulus das Mißbilligen dürfen unbedingt an die degustatio. Er sagt nicht, durch den gustus werde der Käufer in den Stand gesetzt, ein sicheres Urtheil darüber zu fällen, ob ihm der Wein anstehe oder nicht, und ihn demgemäß zu billigen oder zu verwerfen; sondern er sagt: der

---

18) Brunnemann Comm. in Pand. lib. 18 tit. h. l. Schömann S. 220.

19) Gensler §. 7 not. 15. Glück XVII. S. 165—167. Thibaut §. 478 not. i. Mühlenbruch II. §. 395 not. 8. Schweppe III. §. 533. Tropp S. 188 not. 4. Koch R. der F. III. S. 626. Sintenis §. 116 not. 4. Brinz S. 481. Holzschuher II. 2. S. 648.

juristische Grund, Zweck und Nutzen der degustatio für den Käufer liegt darin (Alia causa est degustandi — gustus enim ad hoc proficit), daß er die **Befugniß** zur Mißbilligung erhält (ut improbare liceat — ut aut plus aut minus veneat). Stände es nun rein in der Willkühr des Käufers, ob er billigen oder verwerfen wolle, so hätte **Paulus** an ein juristisch ganz bedeutungsloses Moment, nämlich an die degustatio, die Rechtsfolge geknüpft. Denn darf der Käufer beliebig mißbilligen, so braucht er es gar nicht zur Probe kommen zu lassen, er darf diese auch ganz unterlassen, auch ohne sie mißbilligen (cf. §. 17. 18). Dürfen wir aber annehmen, daß **Paulus** über das Wesen der degustatio nicht im Irrthum war, und daß er sich so präcise ausgedrückt hat, wie wir von dem klassischen Juristen gewohnt sind, so werden wir wohl der Probeanstellung das von ihm beigelegte Gewicht einräumen müssen. Daher auch die bloße Bezeichnung der gekauften Fässer (l. 1. pr. D. de P. et C.) völlig unerheblich ist. Und damit stimmt vollkommen überein, was wir §. 8. hervorgehoben haben, daß nicht durch die Billigung, sondern schon durch die Unterlassung der Prüfung der Handel unwiderruflich wird.

An anderen Zeugnissen für ein willkührliches Rücktrittsrecht fehlt es durchaus — sofern wir nur unser Institut nicht mit dem Kauf nach Belieben identificiren — wohl aber läßt sich das Gegentheil mit Sicherheit nachweisen.

I. Darin allein wird die Bedeutung der degustatio gesetzt, daß mit deren Vornahme die Gefahr des sauer- und kahnigwerdens für den Verkäufer erlischt (§. 6.)[20], ja in l. 1 pr. h. t. wird sogar die ausdrückliche Uebernahme dieser Gefahr durch den Verkäufer, wenn sie ohne Terminsbestimmung erfolgt ist, mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Prü-

---

20) l. 1. pr. l. 4. pr. §. 1. l. 15. h. t. Auch l. 2. §. 3. l. 3. de opt. vel. elect. leg. (33,5): Eum, cui centum amphorarum electio data sit, **acetum** eligentem non consumere optionem-scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante **degustationem** acetum elegerit. Darüber vgl. §. 12. a. E.

fungsvorbehalt des Käufers auf Eine Linie gestellt, obwohl die erstere doch sicherlich kein willkührliches Rücktrittsrecht des Käufers begründet[21]):

> — eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum — aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit.

Weil, sagt der Jurist, durch die degustatio der Weinhandel vollkommen fertig wird, ein Rücktritt wegen acor und mucor nun nicht mehr stattfindet (videlicet quasi tunc plenissime veneat, quum fuerit degustatum), so darf auch die vom Verkäufer für acor und mucor übernommene Gefahr im Zweifel nicht über diesen Zeitpunkt erstreckt werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der Verkäufer für alle Zeiten hat haften wollen, jede Zeitgrenze wäre willkührlich, nichts also liegt näher, als die Haftung auf die Zeit hin zu erstrecken, während deren sie ohnehin den Verkäufer getroffen haben würde. (cf. §. 12).

Falls sich also der Wein zwischen dem Moment des Kaufabschlusses und der Probeanstellung verschlechtert hat, und der Käufer will um deswillen zurücktreten, so darf in beiden Fällen der Verkäufer nicht einwenden: der Wein war zur Zeit des Verkaufs gut, er ist erst später und auf Deine Gefahr verdorben, also hast Du das Kaufgeld zu zahlen.

II. Nach dem Catonischen Verkaufsformular verpflichtet sich der Verkäufer Wein zu geben quod neque aceat neque muceat. Innerhalb der nächsten 3 Tage soll der Käufer den gekauften Wein kosten, natürlich ob er sauer oder kahnig sei, und zwar soll er kosten v i r i b o n i a r b i t r a t u. Also nicht seine Willkühr, sondern das arbitrium boni viri soll entscheiden.

Man darf gegen die Bedeutung dieses Zeugnisses nicht ein-

---

21) Diese Gleichstellung wäre unerklärlich, wenn der Käufer sich aus Laune lossagen dürfte. Der Unterschied, welchen Vangerow III. S. 454 a. E. zwischen der hier erwähnten degustatio und der degustatio beim s. g. Kauf ad gustum macht, ist sicherlich unhaltbar. Die degustatio geschieht überall nur, um zu ermitteln, ob der Wein sauer oder kahnig sei. Vgl. unten §. 12.

wenden, daß die Art, wie man zur Zeit Cato's Weinverkäufe abzuschließen pflegte, für das Recht der Pandektenjuristen keinen Anhalt gewähre. Gegentheils haben sich die von den täglichen Verkehrsgeschäften geltenden Rechtsregeln bei den Römern, wie bei uns, aus den üblichen autonomischen Verabredungen der Contrahenten ausgebildet.

Was bei scharfer und unausgesetzter Beobachtung der Verkehrsverhältnisse, erfahrungsmäßig in der Regel als Wille der Vertragschließenden erschien, und, weil den wirthschaftlichen Bedürfnissen entsprechend, erscheinen mußte, (die s. g. „Natur der Sache"), das wurde durch Jurisprudenz und Edict zur Rechtsregel erhoben. In den stehenden Geschäftsformularen spiegelte sich diese Natur der Sache vorzüglich ab, sie waren, wie Jhering treffend bemerkt (Geist des Römischen Rechts II. S. 69 ff. 312 ff.) „die Vorläufer, Surrogate und Quellen des dispositiven Rechts". Ihr typischer Inhalt ging allmählich so gänzlich in das Rechtsbewußtsein über, daß er als naturaler, wenn nicht gar wesentlicher Bestandtheil der Rechtsgeschäfte angesehen wurde. Es fehlt uns weder an allgemeinen Zeugnissen dieses Verfahrens z. B. l. 31. §. 20. D. de aedil. ed. (21): ea enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire[22]), noch an speziellen, wie gerade die in l. 31 §. 20 erwähnte stipulatio duplae, und ein ganz naheliegendes, nämlich die Schlußsätze unseres Formulars, welche sich fast wörtlich in l. 1. §. 3, 4. D. de P. et C. (18, 6) wiederfinden[23]). Nicht anders als wir aus den Statuten unserer Aktien- und Commanditengesellschaften, aus den Schlußzetteln u. dgl. das im Bewußtsein des Handelsstandes lebende Recht zu ermitteln suchen, und, das gefundene wissenschaftlich verarbeitend, die Gesetzgebung vorbereiten.

Ohnehin wird Cato's Zeugniß durch die allgemeine Re-

22) l. 6. de evict. (21,1). l. 64. 84. de R. J. (50,17) l. 3. D. si pars hereditatis (5,4) l. 3 — 6 D. de legibus (1,3). Savigny System V. S. 464. 487 ff. VIII. S. 82. 83. Keller der Röm. Civilprozeß 2. Aufl. S. 27. 52. 66. 378. 379. Chamibon Beiträge S. 139 ff.

23) Ueber ähnliche Erscheinungen beim Seedarlehn vgl. meine Untersuchungen zur l. 122. §. 1. D. de V. O. Heidelberg 1855. S. 62. 63.

gel bestätigt, es sei im Zweifel als in boni viri arbitrium gestellt zu erachten, was in das arbitrium eines Contrahenten gestellt sei[24]). Auch ohne ausdrückliche Vertragsclausel würde sich also im Zweifel diese Beschränkung von selbst verstehen[25]).

## §. 10.

III. In l. 15 h. t. gibt uns Gaius, indem er zugleich das Resultat unserer bisherigen Erörterungen bestätigt, den sichersten Aufschluß über den praktischen Zweck der degustatio.

Verkaufter Faßwein ist vor der Abnahme ohne äussere Ursachen (sua natura) verdorben. Der Verkäufer haftet nun sowohl dann, wenn er wissentlich verschwiegen hat, daß der Wein sich bis zum Abnahmetermin nicht halten werde (si intelligeret, non duraturam bonitatem eorum —), als wenn er dem Käufer über die Güte des Weines, also offenbar über dessen Haltbarkeit in der bisherigen Qualität, unrichtige Zusicherungen gemacht hat (si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor). Ist keines von beiden geschehen, so trifft die Gefahr den Käufer, der es sich selbst beimessen mag, wenn er die ihm zustehende Prüfung unterlassen (sive non degustavit), oder den geprobten Wein zu seinem Nachtheil gut gefunden hat (sive degustando male probavit).

Die Anstellung der Probe soll also den Käufer darüber vergewissern, ob der Wein umgeschlagen habe, oder Ansatz dazu zeige: ob er sich in unveränderter Güte gehalten habe oder halten werde. Sie kann somit zu demselben Resultat führen, wie die Zusage, der dolus oder die Gefahrsübernahme (l. 1 pr. h. t.) des Verkäufers, nämlich den Käufer in den Stand setzen, ur-

---

24) l. 22. §. 1. de R. J. (50,17). Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini-conditio, pro viri boni arbitrio hoc habendum esse. l. 7. §. 1. de C. E. (18,1). l. 24 pr. locati (19,2). l. 76 — 79. pro socio (17,2) l. 30. pr. de operis libert. (38,1). l. 3. C. de dot. prom. (5,11).

25) l. 6. §. 1. D. de C. E. — in emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est. l. 69. §. 4. de J. D. (23,3). l. 219 de V. S. (50,16).

sprünglich kranken oder krank gewordenen Wein zurückzuweisen. Auch wird uns noch ein vierter, zu einem ähnlichen, jedoch für den Käufer etwas ungünstigeren Resultat führender Weg in l. 6 D. h. t. gezeigt:

> Si vina emerim exceptis acidis et mucidis, et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emtoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse; nam quae invitus emtor accipere non cogeretur, iniquum esse, non permitti venditori vel alii ea vendere.

Die Clausel lautet: „die sauren und kahnigen Theile (also offenbar unter mehreren Fässern diejenigen, in welchen sich Säure oder Kahn zeigt) sollen nicht mitverkauft sein." Diese Clausel beschränkt das Kaufobjekt, der Käufer darf also auf dieselbe nicht verzichten, und den Verkäufer, welcher vielleicht für diese Theile eine vortheilhaftere Verkaufsgelegenheit gefunden hat, nöthigen, ihm auch diese zu liefern. Während es in den drei anderen Fällen natürlich vom Belieben des Käufers abhängt, ob und wieweit er von seinem Recht Gebrauch machen will.

Der Beziehung der l. 15 cit. auf unsere Lehre liegt eine Voraussetzung zu Grunde, deren Richtigkeit sich schon aus dieser selbst ergibt; nämlich die Identität der bonitas vini mit neque acere neque mucere vinum, wie umgekehrt das non durare bonitatem mit acere oder mucere. Doch mag es zweckmäßig sein, diese gegen jeden naturwissenschaftlichen Zweifel sicher zu stellen.

Wir, und nicht anders die Römer, nennen haltbar diejenigen Weine, welche sich unverschlechtert erhalten, d. h. die geringste Neigung zu Gährungsprozessen zeigen [26]. Absolut haltbar, gar nicht durch Gährungsprozesse zu verderben, ist kein

26) Vinum firmum, aeque perenne, sibi constans, immortale. Die nachfolgenden chemischen Mittheilungen verdanke ich großentheils hiesigen naturwissenschaftlichen Freunden; Einiges auch Knapp's Lehrbuch der chemischen Technologie II. S. 287 — 290. 298. 474.

Wein — auf die Haltbarkeit influiren sowohl die Zusammensetzung, insbesondere der Alkoholgehalt, welcher bei schwereren Weinen ein größerer ist als bei geringeren, und der Bestand an Weinsalzen, als die Behandlung des Mosts beim Gähren, wie des gegohrenen Weins bei der Nachgährung und beim Lagern, endlich mancherlei Umstände, deren wissenschaftliche Beziehung selbst die heutige Chemie noch nicht ergründet hat. Die Gährungsprozesse nun, welche den Wein verschlechtern, die s. g. Weinkrankheiten hervorrufen, bestehen in der Bildung von Essig- und Milchsäure aus dem Alkohol und Zucker, und in dem Verschleimen des Weins durch Eiweißstoffe, welche sich nicht aus der Hefe ausgeschieden haben (Pflanzenleim). Im ersten Fall nennen wir den Wein sauer (acidum), im zweiten kahnig (mucidum). Nichthaltbarkeit des Weins und sauer oder kahnig werden sind also im Wesentlichen identisch, obwohl neben diesen wichtigsten Weinkrankheiten noch einige andere vorkommen[27]). Durch sorgfältige Behandlung lassen sich dieselben, wenigstens bei besseren Sorten, aber auch da nicht immer, verhüten. Sie lassen sich theilweise sogar voraussehen durch Ermittelung des Gehalts an Alkohol und Eiweißsubstanzen, wozu Araeometer und Zusätze von Gerbesäure dienen. Den Römern hat es, bei ihrer überaus wichtigen und rationell ausgebildeten Weinkultur[28]) an ähnlichen Mitteln nicht gefehlt[29]), und solche mögen auch bei

---

27) Mucor umfaßt wohl auch die ähnlichen Krankheiten, wie den „Schmeer" und das „Ziehen." Forcellini h. v. Plinius H. N. XIV. 20 s. 26, 131. Proprium autem inter liquores vino mucescere aut in acetum verti. Vgl. auch l. 27 §. 15. D. ad leg. Aquil. (9, 2) §. 13 i. f. J. eod. (4, 3).

28) Becker-Marquardt Handbuch der Röm. Alterthümer III. 2. S. 91. Mommsen Röm. Geschichte. I. S. 173. 818. II. S. 151. 393. Ueber die Weinkultur namentlich Becker Gallus ed. Rein. III. S. 227 ff. und C. F. Weber dissertatio de vino Falerno. Marburg 1855.

29) Cato de R. R. cap. 108: Vinum si voles experiri, duraturum sit, neche, polentam grandem etc. Plinius H. N. XIV. 20 s. 25, 130: In vitium inclinantis est lamnae plumbeae mutatus in eo

der Weinprobe angewendet worden sein. Uebrigens mußte die Gefahr des Sauerwerdens bei der Römischen Behandlung ganz besonders nahe liegen, da, wie noch heute in Italien, wenigstens die besseren Sorten bis zur vollendeten Nachgährung in offenen Fässern dem steten Zufluß der atmosphärischen Luft ausgesetzt blieben[30]), auch nur junger oder geringer Wein im Fasse — und hier handelt es sich stets vom Faßwein — zu bleiben pflegte, während der bessere nach Ablauf des ersten Jahres in Krüge oder Flaschen gefüllt wurde[31]).

## IV. Zeit des Rücktritts.

### §. 11.

Diente also die Probe lediglich dazu, dem Käufer den Rücktritt zu ermöglichen, indem sie aufwies, daß der Wein entweder bereits völlig verdorben war oder doch Ansatz zum Umschlagen zeigte, und entschied hierüber das vernünftige, nicht willkührliche, sondern im Streitfall durch Sachverständige und den Richter zu controlirende Ermessen des Käufers[32]), so mußte dem Verkäufer natürlich daran gelegen sein, in möglichst kürzester Zeit von dem Entschluß des Käufers unterrichtet zu werden, sowohl wegen der sich leicht verändernden Conjunctur, als insbesondere um der naheliegenden Gefahr willen, daß bei längerem Warten der Wein umschlüge, und wegen der Mühe, welche die zur Abwendung solcher Gefahr erforderliche Behandlung ihm verursachte.

In der Regel wurde darum wohl ein recht kurzer Termin

---

colos. eod. 124 — 129 s. 26, 131. Columella XII, 19. 21. 26. 30.

30) Plin. H. N. XIV. 21. s. 27, 134. 136. Horat. Serm. II. 4, 51 ff.

31) Weber a. a. O. Becker Gallus III. p. 230 ff.

32) Ganz unglücklich ist die Darstellung Gensler's §. 7. not. 15. Der Geschmack des Käufers solle entscheiden, aber dieser Geschmack habe sich dem Willen unterzuordnen. Vermöge nun der Verkäufer nachzuweisen, daß der Käufer seinen Geschmack verleugne, so sei der Letztere zur Abnahme verbunden! Es ist unglaublich, welchen unpractischen Unsinn man den practischen Römern andichtet.

(Cato: in triduo proximo) für die Probeanstellung verabredet. Hatte der Käufer diese Frist fruchtlos verstreichen lassen, so war sein Recht zur degustatio und damit zum Aufschießen des Weins erloschen, sofern nicht der Verkäufer die Probe verhindert (§. 7, 8.).

War dagegen keine Frist gesetzt, so erschien es dem vermuthlichen Willen beider Theile nur entsprechend, daß die Probe sofort, d. h. sobald es nach den Umständen thunlich war[33]), vorgenommen würde. Man könnte hiegegen einwenden, die Anstellung der Probe sei eine Potestativbedingung zu Gunsten des Käufers, Potestativbedingungen aber gälten erst alsdann für ausgefallen, wenn deren Erfüllung unmöglich geworden sei[34]). Folglich stehe es dem Käufer frei, mit der Prüfung so lange zu warten, als ihm beliebe, und der Verkäufer erscheine nicht berechtigt, sei es diese, sei es eine Erklärung von ihm zu verlangen[35]). Die Verkehrtheit dieses Resultats ist indessen gerade hier zu augenfällig, als daß man nicht, ohne Verletzung des angeblichen Princips, hätte versuchen müssen, einen Ausweg zu finden. Die Mehrzahl der Neueren nimmt daher an, daß zwar der Käufer an sich befugt sei, Probe und Erklärung so lange zu verschieben als er wolle, daß es jedoch andererseits dem Verkäufer zustehe, auf (Prüfung und) Erklärung innerhalb einer angemessenen von ihm selbst oder vom Richter gesetzten Frist zu bringen[36]).

---

33) §. 2. 5. J. de V. O. (3,15). §. 27. J. de inutil. stip. (3,19). l. 73. pr. l. 14. l. 98. §. 1. D. de V. O. (45,1). l. 105. de solut. (46,3).

34) §. 4. J. de V. O. (3,15). l. 115. §. 1. 2. l. 99. pr. D. eod. (45,1). Donellus Commentarii lib. 15. c. 12 no. 8 ff. Glück IV. p. 501. 502. Das war die herrschend ältere Ansicht; z. B. A. L. R. I. 12. §. 495. 496. Code civil art. 1176. 1177.

35) Wissenbach Exerc. I. disp. 35. lib. 18. no. 26. Frantzke lib. 18. tit. 6. no. 32 — 35. Suerin l. c. Hasse, Culpa §. 90, und die not. 36 Angeführten.

36) Anton Faber Ration. ad l. 4. §. 1. D. de P. et C. (18,6). Stryk de jure sensuum diss. 6. c. 2. no. 12. 15. 16. Voet lib. 18. tit. 6. no. 3. Westphal §. 583. 596. Gensler §. 6. not. 13.

Augenscheinlich wird durch den versuchten Ausweg die Regel selbst beseitigt. Darf der Verkäufer jederzeitige Erklärung innerhalb angemessener Frist fordern, so hat jener, nicht der Käufer über die Zeit der Erfüllung zu bestimmen: die Erklärungsverpflichtung des Letzteren wäre ein praesens. Uebrigens wird diese Ausnahme weder durch die von Cropp und Anderen angeführte l. 122 §. 3, l. 135 §. 2 D. de V. O.[37]), oder durch l. 13 §. 27. 28 de A. E. V. (18,1), noch durch die von Sintenis, Seuffert und Anderen allegirten l. 1 §. ult. l. 4 §. ult. de P. et C. (18, 6). l. 38 §. 1 de A. E. V. erwiesen. Die Grundsätze von der mora aber sind unanwendbar, weil bei bedingten Verträgen eine mora auf Seiten des bedingt Verpflichteten oder Berechtigten undenkbar ist. (cf. §. 20. 21.).

Indessen bedürfen wir dieses Umwegs gar nicht, da die angebliche Regel selbst, sowohl in ihrer Allgemeinheit, wie speziell für unseren Fall, ungegründet ist. Ob der unter einer Potestativbedingung Berechtigte die als Bedingung gesetzte Handlung jederzeit vornehmen dürfe, oder ob er sie, sobald er kann,

---

§. 7 not. 15. Glück XVII. S. 163. Cropp S. 198. 199. Schweppe III. §. 533. Unterholzner II. §, 454. Göschen II. S. 349. Thöl S. 301. Vangerow III. S. 453. Koch R. der F. III. S. 627. Sintenis §. 116. not. 4. Seuffert §. 277. not. 6. Brinz S. 482. Die verschiedenen Ansichten über die Folgen der unterlassenen Erklärung vgl. oben §. 3 not. 11 — 13. Nach Manchen gilt dies nur beim suspensivbedingten Kauf, für den resolutivbedingten gelte die 60tägige Mißbilligungsfrist der l. 31. §. 22. de aedil. ed. Davon unter §. 20. Auf unser Institut bezieht die letztgedachte Vorschrift sich keinenfalls.

37) l. 122. §. 3. handelt von einem pactum protimiseos. Es versteht sich von selbst, daß der Verkaufsberechtigte sich dann zu erklären hat wenn der verkaufenwollende Eigenthümer ihm die Sache offerirt. l. 135. §. 2. erklärt die actio ex stipulatu für zulässig, ungeachtet die Bedingung, unter welcher der Streitgegenstand promittirt war, strenggenommen deficirt hatte; erweist also, daß es dem bedingt Berechtigten unter Umständen nachgelassen wird, auch nach Ablauf der Erfüllungsfrist die Bedingung wirksam zu erfüllen. Vgl. Mommsen Beiträge III. S. 85 — 87. 257. not. 3.

vornehmen müsse, um sein Recht zu wahren, hängt sowohl bei letztwilligen Verfügungen, wie bei Verträgen von den Umständen ab, insbesondere von der erkennbaren Absicht der Betheiligten: voluntas regit conditiones (l. 19 pr. l. 101 pr. de cond. 35, 1). Würde die nach längerer Zeit vorgenommene Handlung völlig bedeutungslos, oder deren Verschiebung einem der Betheiligten erweislich nachtheilig sein, so darf auf sofortiger Erfüllung bestanden werden, und die Bedingung gilt als ausgefallen, sofern dieselbe unterlassen ist [88]).

Eine Hauptstütze der so eben widerlegten Ansicht hat von jeher die vielbesprochene und stets mißverstandene *l. 4 §. 1 de P. et C.* gebildet. Eine richtige Interpretation derselben bestätigt vollkommen die hier entwickelte Theorie.

Ulpian beantwortet die Frage, welche Folgen eintreten, falls keine Degustationsfrist verabredet ist:

> — quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque emtor degustare poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit, dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit.

Durchgehends versteht man die Entscheidung so: Der Käufer darf kosten wann er immer will und bis er gekostet hat, trägt der Verkäufer die Gefahr [89]). Natürlich ist hiermit der Nachsatz un-

---

88) l. 29. de condit. (35,1): Haec conditio: si in Capitolium ascenderit sic recipienda est, si quum primum potuerit Capitolium ascendere. l. 20. §. 5. 6. de statul. (40,7). l. 115. §. 2. de V. O. (45,1). l. 1. §. 8. ad leg. Falcid. (35,2). l. 174. pr. de R. J. (50,17): Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur. J. Gothofred Commentar. in tit. de R. J. h. l. Endemann de implendae conditionis tempore, namentlich p. 127 ff. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar 41 S. 211, 296 ff. Sintenis Civilrecht I. S. 179. II. §. 97. not. 19. Puchta Vorlesungen I. §. 60.

89) Vgl. die not. 85. 96. Citirten u. das Deutsche Corpus Juris h. l. Die Basiliken 53. 7,10 (Heimbach V. p. 119) übertragen wörtlich;

vereinbar dies enim etc. Man kehrt also den Sinn desselben durch ein eingeschobenes non oder eine gleichbedeutende Textveränderung um [40]). Oder man meint, Ulpian hätte nur den, entweder trivalen oder unwahren Satz aussprechen wollen, es sei für den Käufer vortheilhafter, wenn überhaupt etwas über die Probe verabredet sei, als wenn gar nichts festgestellt worden [41]). Oder: Die Hinzufügung eines Degustationstermins verbessere die Lage des Käufers, folglich dürfe dessen Nichterwähnung demselben nicht schaden, und den Verkäufer müsse bis zur degustatio die Gefahr treffen! [42]). Am meisten mit dem Text vereinbar erscheint die folgende Erklärung: Wenn kein Termin festgesetzt ist, so steht dem Verkäufer frei, durch jederzeitige Aufforderung den Käufer in moram (?) zu versetzen; folglich ist der Käufer bei einem festen Termin besser daran, da er alsdann nicht gedrängt werden kann [43]). Allein auch sie ist überaus gekünstelt, in der Regel gewiß nicht zutreffend, und leidet an dem oben gerügten Widerspruch.

Man hat hier, wie häufig, in vorgefaßter Meinung vergessen, die Worte genau ins Auge zu fassen. Nicht das velle des Käufers erklärt Ulpian für entscheidend, sondern dessen posse. Der Satz läßt sich auf doppelte Art übertragen:

---

*καὶ ἔνθα μὴ ὁρισθῇ τῇ γεύσει χρόνος ὁτεδήποτε δύναται ὁ ἀγοραστὴς γεύεσθαι, καὶ ἕως οὗ γεύσηται τοῦ πράτου ἐστὶν ὁ κίνδυνος.*

40) Cujac. Observ. 23. c. 34. Faber Ration. h. l. Pothier Pand. Justin. lib. 18. tit. 6. nr. 14. Brinz Pandekten S. 482, der keinen andern Ausweg sieht.

41) Gl. „dictum est" u. „quam esset" h. l. Schulting et Smallenburg Notae ad Dig. h. l. Merillius Variant. ex Cujac. lib. III. c. 12. Best ratio emend. leges cap. 8. §. 3. 15. Gensler §. 6. not. 13. §. 7. not. 15. Hasse Culpa §. 90 will die Worte dies enim auf den in l. 4 pr. besprochenen Fall beziehen, da der Verkäufer in mora war!

42) Wissenbach a. a. O. Frantzke a. a. O. nr. 32. 33. Stryk a. a. O. nr. 17 — 19. Guerin l. c.

43) Glück XVIII. S. 163. ff. Treitschke S. 110. 111. Unterholzner II. §. 454 not. s.

> Ist daher kein Termin für das Kosten festgestellt, so **wird der Käufer irgend einmal kosten können**, und bis er (nämlich bei dieser ersten Gelegenheit, wo er es konnte) gekostet hat, bleibt die Gefahr beim Verkäufer —

oder so:

> Ist daher kein Termin für das Kosten festgestellt, so bleibt die Gefahr (nur) so lange beim Verkäufer, bis der Käufer **irgend einmal im Stande sein wird zu kosten** und wirklich gekostet hat (d. h. von dieser ersten Gelegenheit Gebrauch gemacht hat). —

je nachdem man quandoque, welches Beides bedeuten kann, mit aliquando oder mit quocumque tempore, quandocunque für gleichbedeutend nimmt [44]).

Denn, fährt **Ulpian** fort, eine Probefrist ist für den Käufer günstiger. Im letzten Falle nämlich darf er den äußersten Moment der Frist abwarten, gleichviel ob er früher kosten konnte oder nicht. Ist aber keine Frist festgesetzt, so muß er proben **sobald er kann** [45]), und versäumt er die **erste** Gelegenheit dazu, so ist die Bedingung vereitelt, ein Aufschießen nicht mehr zulässig. Es bedarf an sich also keiner Aufforderung durch den Verkäufer, da hier nicht die Wirkungen der mora, sondern die Folgen der vereitelten Bedingung eintreten.

Will der Käufer an den Handel nicht gebunden sein, so hat er darzuthun, daß er bei erster Gelegenheit die Probe vorgenommen und sich mißbilligend erklärt hat, oder zur Vornahme bereit war, aber ohne Schuld daran verhindert worden. Demungeachtet wird es häufig für den Verkäufer **rathsam** sein, durch eine Aufforderung binnen angemessener Frist zu kosten, sowohl das

---

44) **Brissonius. Forcellini. Dirksen** Manuale s. v. quandoque.

45) Das dies enim etc. hat also denselben Sinn wie die Worte ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse non pro stipulatore in l. 41: §. 1. de V. O. (45,1). Ganz trifft hier zu l. 174 pr. de R. J.. Qui potest facere — **jam posse** videtur. Vgl. l. 14. 17. eod. l. 213. pr. de V. S. (50,16). Wie die obligatio im Zweifel als präsens gilt, so hier die Erfüllung der Bedingung.

Können des Käufers, als seine eigene Bereitwilligkeit, den Wein zum Probiren vorzulegen, zu constatiren, und so im Voraus die Beweisführung des Käufers zu erschweren oder ganz unmöglich zu machen. Auch mag er wohl den Richter um Bestimmung einer solchen Frist angehen, um den späteren Einwand des Käufers, die außergerichtlich gesetzte Frist sei für die erforderliche Untersuchung zu kurz gewesen, abzuschneiden [46]).

## V. Wird der Vorbehalt des Kostens subintelligirt?

### §. 12.

Wir sind bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Käufer sich bei Abschluß des Vertrags die spätere Anstellung der Weinprobe vorbehalten hat. Bedarf es jedoch eines solchen Vorbehalts, oder steht ihm auch ohne denselben die nachträgliche Probe mit der Wirkung zu, daß er verdorbenen Wein aufschießen dürfe? Eine unbefangene und sorgfältige Betrachtung der Quellen führt auch bei diesem Punkt zu einem der herrschenden Ansicht (§. 3 not. 9.) entgegengesetzten Ergebniß.

I. In (l. 1. pr. h. t.) erörtert Ulpian, wie §. 9. gezeigt ist, den Fall, daß der Verkäufer die Weinverschlechterung ohne Fristbestimmung übernommen hat. Da soll er nun das Risiko bis zur degustatio tragen, weil durch diese der Kauf unwiderruflich werde (§. 7. II.). Von einem Vorbehalt der Prüfung keine Spur, und dennoch eine degustatio, an welche der Gefahrsübergang geknüpft ist!

Nach Einigen läßt sich diese „unbegreifliche Entscheidung" nur durch die Supposition erklären, daß der Käufer sich wirklich die Probe vorbehalten habe [47]). Allein alsdann hätte ja selbst-

46) Aehnliche Vorgänge l. 23. §. 1. de hered. inst. (28,5). l. 20. §. 6. de statul. (40,7). l. 6. 7. de opt. vel el. leg. (33,5). Mühlenbruch Commentar 41. S. 238 ff. Mommsen Beiträge S. 153.

47) Faber Ration. ad h. l. Stryk l. c. no. 24. Westphal §. 596. Glück XVII. S. 161. 162. Hasse Culpa §. 90. Treitschke S. 194. Sintenis §. 116. not. 4.

verständlich der Verkäufer das Risiko des Weinverderbs bis zur Prüfung tragen müssen, wozu also dieselbe ohne Fristbestimmung noch besonders übernehmen? Man müßte das Unbegreifliche voraussetzen, daß zwei Clauseln, von denen die eine ebenso viel als die andere besagte, ohne alle Beziehung neben einander in demselben Contract gestanden haben sollten!

Andere[48]) glauben die Erklärung darin zu finden, daß in der Gefahrsübernahme „die stillschweigende Abschließung eines Kaufs ad gustum liege," ohne jedoch diese „gewaltsame Präsumtion" näher zu begründen.

Endlich Vangerow III. S. 454. 455. und Unterholzner II. S. 255. lösen die Schwierigkeit durch Annahme verschiedener Arten von degustatio. In unserem Falle sei es natürlich, „daß dem Verkäufer die Gefahr alsdann abgenommen werde, wenn später eine Probe angestellt, und bei dieser der Wein nicht verschlechtert gefunden werde." Diese Probe habe den einzigen Zweck zu constatiren, ob der Wein inzwischen verdorben sei, ein willkührlicher Rücktritt des Käufers finde nicht statt.

Pflichtet nun Vangerow unserer obigen Ausführung bei, daß beim Weinhandel mit Probe, wie solcher in den Römischen Rechtsquellen dargestellt wird, der Käufer niemals zum willkührlichen Rücktritt befugt sei, daß die Weinprobe somit stets nur dazu angestellt wird, um ursprünglich vorhandene oder später eingetretene Weinkrankheiten zu constatiren, so fällt die behauptete Unterscheidung selbstverständlich zusammen (cf. §. 9. not. 21).

Ueberdies läßt diese Interpretation gerade diejenige Frage unbeantwortet, welche Ulpian entscheiden will. Die Dauer der übernommenen Gefahr soll bestimmt werden. Soll diese so lange währen „bis später eine Probe angestellt wird," so entsteht ja die neue Frage: Wann wird diese Probe angestellt werden? Wer hat deren Zeitpunkt zu bestimmen? Durch die Beziehung auf eine spätere mögliche Probe wird also der erwünschte Anhalt für die Dauer der Gefahr nicht gewonnen.

---

48) Azo u. Accursius in der Gl. „si vinum" ad h. l. Göschen Vorles. II. S. 438.

Sehr einfach aber ist die Lösung, wenn wir unter der degustatio eben nichts anderes verstehen als „die übliche Weinprobe." Der Verkäufer soll die Gefahr tragen, bis die Weinprobe geschieht, oder — was gleichgilt, als geschehen angenommen wird: in Ermangelung einer Frist also alsbald nach geschlossenem Kauf (§. 11). Die spätere Anstellung der Weinprobe gilt als so selbstverständlich, daß deren gesetzlicher Zeitpunkt dazu dienen kann, die unbestimmt gelassene Dauer des übernommenen Risiko zu ergänzen. Ulpian's Gedankengang ist sonach folgender:

Der Käufer ist, auch ohne Verabredung, befugt, alsbald nach geschlossenem Kauf die Probe anzustellen, und wegen Säure oder Kahn den Wein aufzuschießen. Hat nun überdies der Verkäufer die Gefahr des sauer- und kahnigwerdens übernommen, so fragt es sich, ob mit oder ohne Zeitbestimmung. Im ersten Falle trägt er die Gefahr bis zum Ablauf der Frist, also, sofern der Käufer dennoch die Probe sogleich vornehmen sollte, über diesen Zeitpunkt hinaus. Im zweiten Fall bis zum Probiren. Denn durch solche Gefahrsübernahme hat sich der Verkäufer im Zweifel zu nicht mehr verbindlich machen wollen, als dem Käufer ohnehin gesetzlich zustand[49]). Der Käufer hat sich nur sein selbstverständliches Recht ausdrücklich bestätigen lassen, wahrscheinlich um jeden Gedanken eines Verzichts auszuschließen. Hat der Käufer eine längere Verantwortlichkeit des Verkäufers bezweckt, so hätte er durch Ausbedingung eines bestimmten Termins dafür Sorge tragen sollen.

II. Die schon mehrfach besprochene l. 4. §. 1. h. t. (vgl. §. 6. 11.) lautet in getreuer Uebersetzung:

---

49) l. 9. de R. J.: Semper in obscuris quod minimum est sequimur. l. 99. pr. de V. O. (45,1.) Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Daß der Nachtheil einer zweideutigen Fassung stets den Verkäufer treffe, setzt voraus, daß von ihm die Fassung ausgegangen sei (Savigny Oblig. II. S. 194), was bei einer lediglich den Vortheil des Käufers bezweckenden Nebenbestimmung nicht wohl anzunehmen ist.

„Ist Wein in aversione (unbesehens) verkauft, so ist nur custodia zu leisten. Daraus ergibt sich, daß wenn Wein nicht so verkauft ist, daß gekostet werden sollte [50]), der Verkäufer weder für Säure noch für Kahn einsteht, sondern alle Gefahr den Käufer trifft. Es ist jedoch schwierig, daß Jemand so kauft, daß er nicht einmal koste. Ist daher kein Tag für das Kosten festgesetzt, so wird der Käufer irgend einmal kosten können, und bis er das gethan, bleibt die Gefahr des sauer- und kahnigwerdens beim Verkäufer, denn u. s. w."

Versuchen wir die fehlenden Mittelglieder dieses Gedankenganges herzustellen, so würde Ulpian Folgendes gesagt haben:

Wenn Wein in aversione verkauft ist, so steht der Verkäufer für keine Gefahr. Also, wenn Wein nicht so verkauft ist, daß er geprobt werden sollte — denn alsdann ist er in aversione gekauft (l. 62. §. 2. D. de C. E. 18, 1.)—so trifft alle Gefahr den Käufer. Indessen wann gilt der Wein als nicht so verkauft? d. h. in welchem Falle ist der Käufer nicht berechtigt, nach geschlossenem Handel mit der Wirkung der Rücktrittsbefugniß wegen Weinkrankheit zu proben? Hier ist ein Doppeltes möglich. Schon dann, wenn über die Probe im Vertrage nichts gesagt ist — also schon in Ermangelung eines ausdrücklichen Vorbehalts. Oder nur dann, wenn der Käufer (ausdrücklich oder stillschweigend) auf die Probe verzichtet hat. Dieses letztere ist als die präsumtive Meinung der Contrahenten anzunehmen, denn es dürfte schwerlich Jemand Wein unwiderruflich kaufen, ohne ihn auch nur zu proben. Ist daher wirklich ein Kauf abgeschlossen, ohne daß der Käufer vorher gekostet oder sich das spätere Kosten vorbehalten hat, so ist doch im Zweifel anzunehmen, daß dem Käufer noch freisteht, das Proben nachzuholen — nur freilich muß er das sobald es nach den Umständen irgend möglich ist — und darf er dann noch immer, falls bei

50) Unrichtig das deutsche Corpus Juris „wenn der Wein nicht unter Vorbehalt der Ausprobung verkauft wird". Richtig Basil. 53. 7. 10.

der Prüfung der Wein sich krank zeigt, sich vom Handel lossagen. Also eines Vorbehalts bedarf es nicht gerade; indessen erscheint doch in Ermangelung eines Vorbehalts die Lage des Käufers weniger günstig; denn die vertragsmäßige Feststellung einer Probefrist ist für den Käufer vortheilhafter, weil er alsdann die ganze Frist abwarten darf, ohne seines Rechts verlustig zu gehen. (§ 11. a. E.).

In diesem Gedankengang läßt sich weder innerer Zusammenhang noch logische Schärfe vermissen. Man könnte vielleicht einwenden, der mit quare beginnende Satz spreche nicht von dem gänzlichen Mangel einer Verabredung, sondern von einem „Vorbehalt des Kostens nur ohne hinzugefügte Fristbestimmung“ [51]). Das ist indessen unrichtig, aus sprachlichen wie aus inneren Gründen.

Aus sprachlichen, denn degustatio bedeutet nicht Vorbehalt des Kostens, Probeclausel, sondern Kosten, Probeanstellung, actus degustandi [52]). Dies degustationi adjectus heißt also nicht ein der Probeclausel, sondern ein für die Probeanstellung beigefügter Termin, wie der gleiche Ausdruck am Schluß: dies degustationi praestitutus.

Ebenso aus inneren. Allerdings läßt sich der Fall, daß keine Probefrist beigefügt ist, in doppelter Weise denken: so daß gar nichts festgestellt ist; oder so, das zwar verabredet worden, es solle gekostet werden, nicht jedoch wann. Praktisch herrscht indessen zwischen diesen beiden Modalitäten kein Unterschied. Die bloße Erwähnung der Degustationsclausel war durchaus überflüssig, sofern sich dieselbe von selbst verstand, sie kam also in der Regel gar nicht vor. Wurde nichts über die Zeit der Probe ausgemacht, so geschah der Probe gar keine Erwähnung. Für jeden Römischen Geschäftsmann und Juristen, welche ja die stehenden Formeln des täglichen Verkehrs kannten — und für solche,

---

51) So die Meisten z. B. Gl. „dictum est“ u. „quam esset“ h. l. Wissenbach l. c. Faber l. c. Merillius l. c. Glück XVII. S. 160. 161. Hasse a. a. O. Richtiger schon Vivianus ad h. l. Frantzke l. c. no. 29. 32 — 35.

52) Forcellini. Dirksen h. v.

schrieb Ulpian, bedeutete der Satz si dies degustationi adjutus non est ebenso viel wie „wenn über die Probe gar nichts ausgemacht ist." Und daß Ulpian solchen Fall im Auge hatte, geht aus dem dargelegten Zusammenhang klar genug hervor.

Es herrscht also auch kein Widerspruch zwischen l. 1 pr. und l. 4 pr. h. t. und die überaus gekünstelten Versuche Aelterer, einen solchen mehr herauszufinden als zu entfernen [53]), erscheinen durchaus überflüssig.

Ulpian schließt aus der unzweifelhaften Thatsache, daß Weinkäufe ohne Probe äusserst selten vorkommen, auf stillschweigenden Vorbehalt der späteren Probe. Dieser Schluß entspricht durchaus dem bereits oben §. 9 a. E. dargestellten Entwicklungsgang der Römischen Jurisprudenz, und findet die treffendste Analogie in der Geschichte der stipulatio duplae.

> l. 31. §. 20. de aedil. ed. (21, 1.): Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplum venditor mancipii non caveat. Ea enim etc.

Erforderte das ältere Recht sinnliche Erkennbarkeit des Vertragswillens, unzweideutige und ausdrückliche Erklärung des gesammten Geschäftsinhalts, so begnügte sich die klassische Jurisprudenz mit der Erweislichkeit des Consenses über die nothdürftigsten, nur gerade zur Charakterisirung des Rechtsgeschäfts genügenden Punkte [54]) — alles Uebrige (die naturalia) wurde ohne Weiteres aus der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten, wie sie der „Natur der Sache" gemäß anzunehmen war, ergänzt. (Vgl. §. 13 g. E.).

III. Es ist eine frappante Bestätigung des so eben entwickelten Resultats, wenn auch der Legatar für befugt erklärt wird, sauer gewordenen Wein bei der späteren Vorlegung zurückzu-

---

53) Anton Augustinus Emendat. III. 6. (Otto Thes. IV. p. 1514) Noodt Comment. ad h. t. Duaren in h. t. D. Best ratio emend. leges l. c. Glück XVII. S. 158 ff.

54) Kierulff Theorie S. 20 ff. Jhering Geist II. S. 18. 19. Namentlich Danz Der sakrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr S. 3. ff. 236 ff.

weisen (§. 9. Not. 20), ungeachtet er denselben bereits gewählt hatte. Neben die bloße Auslieferung (exhibitio), welche für das bereits consumirte Wahlrecht einflußlos ist [55]), tritt die wirksame degustatio, welche dem Legatar schlechthin zusteht. Daß dem Legatar auch behufs der Ausübung seines Wahlrechts die degustatio zusteht, versteht sich von selbst (l. 2. §. 1. D. de tritico, vino 33, 6.).

Endlich wird die Weinprobe als selbstverständlich erwähnt, sowohl in l. 15. D. h. t.: quia sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet, als bei den Weinlieferungen, welche von den zinspflichtigen Bauern an die vom Staat bestellten Weineinnehmer geschahen. — Die degustatio ward von Probirern (haustores) vorgenommen. Die Fässer wurden behufs der Probe aufgeschlagen; der Zinspflichtige hatte die dazu nöthigen Flaschen zu liefern, erhielt sie jedoch nach der Probe zurück. Die Kosten an Arbeitslohn und Sporteln trug das Aerar [56]).

## VI. Resultate. Verhältniß zum ädilitischen Edict.

### §. 13.

Das Resultat der bisherigen Erörterung (§. 5—12) läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

I. Beim Weinhandel gilt die Probe als so selbstverständlich, daß dem Käufer auch ohne jeden Vorbehalt die Anstellung derselben nach perfectem Kauf zusteht.

II. Ist für die Probe keine Frist verabredet, oder, was regelmäßig damit zusammenfällt, die Weinprobe im Vertrage

---

55) l. 20. 5. de opt. vel el. leg. (33,5). Daß in der hier besprochenen l. 2. §. 3. l. 3. eod. die erste Wahl nicht um deswillen ungültig ist, weil acetum gar nicht als Wein gilt, ist offenbar, sonst dürfte der Legatar auch nach der degustatio anderen Wein wählen. Das ist unzulässig l. 15. D. de P. et C.

56) Inscript. Neapol. (ed. Mommsen) no. 6830. Auch Mommsen in den Verhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Phil. histor. Klasse III. S. 76.

gar nicht erwähnt, so hat der Käufer dieselbe, sobald nach den Umständen thunlich ist, vorzunehmen. Der Verkäufer hat den Wein zum Probiren vorzulegen.

III. Nimmt der Käufer die Probe rechtzeitig, d. h. innerhalb der Probefrist, oder, in Ermangelung solcher, sobald es thunlich ist, vor, so darf er den Wein wegen erweislicher Krankheit (acor und mucor) ganz oder theilweise aufschießen, gleichviel ob die Krankheit sich erst vor oder nach dem Kaufabschluß entwickelt hat — nicht dagegen willkührlich und aus anderen Gründen. Insofern gilt der Weinhandel bis zur Prüfung, sofern nicht auf solche ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet ist, als resolutivbedingt. Die Gefahr des Untergangs trägt also stets der Käufer. Doch kann auch das Gegentheil verabredet sein.

IV. Versäumt dagegen der Käufer die Vornahme der Probe innerhalb der verabredeten oder gesetzlichen Frist, so ist nun, auch ohne daß eine gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung des Verkäufers erforderlich wäre — wenn gleich sie für denselben vortheilhaft sein kann — die Bedingung der Auflösung ausgefallen, und der Handel vollkommen unwiderruflich. Gleiches gilt, wenn der Käufer zwar rechtzeitig prüft, jedoch sich billigend oder gar nicht erklärt.

V. Den Vortheil, welchen dem Käufer der verabredete oder subintelligirte Probevorbehalt gewährte, konnte er auf vier anderen Wegen erreichen: durch ausdrückliche Gefahrsübernahme seitens des Verkäufers — namentlich um jede Annahme eines Verzichts auszuschließen —; durch Abrede, daß die kranken Theile nicht mitverkauft seien; durch ausdrückliche Garantie des Verkäufers für die Haltbarkeit[57]); oder endlich in Folge wissentlicher Verschweigung der Nichthaltbarkeit. In den beiden letzten Fällen durfte schon nach Civilrecht der Käufer mit der actio emti sein Interesse verlangen[58]), welches möglicherweise gerade

57) Welche natürlich, im Zweifel, sich nicht über die Zeit der Abnahme hinauserstreckt hätte. l. 3. C. de aedil. ed. (4,58.).

58) Cicero de offic. III. 16. 17. l. 15. D. de P. et C. (18,6). l. 3. C. cit.

in der Aufhebung des Vertrages bestand[59]) Eine vorzugsweise häufige Art des dolus dürfte darin bestanden haben, daß der Verkäufer den Käufer dazu verleitete, auf die Probe zu verzichten, also in aversione zu kaufen[60]).

Wie verhält sich nun aber die degustatio zum aedilitischen Edict? Bezog sich dasselbe auch nur auf Sklaven und Vieh, so sind doch seine Prinzipien auf andere unbewegliche und bewegliche Sachen angewendet worden; daß auf alle ohne Ausnahme ist freilich nirgends bezeugt[61]). Wenn auch auf Wein, so wäre der Käufer befugt gewesen, wegen der erst nach Abschluß des Handels entdeckten Krankheiten den gekauften Wein innerhalb 6 Monate dem Verkäufer zurückzustellen, oder innerhalb Eines Jahres Preisminderung zu verlangen. Für den Käufer wäre sonach das aedilitische Recht unzweifelhaft vortheilhafter gewesen, als der Prüfungsvorbehalt, er hätte die Wahl zwischen der Wandelungs- und Minderungsklage gehabt, durch die erste dasselbe erreichen können, wozu ihm die Probeclausel diente, ohne an die kurze vertragsmäßige oder gesetzliche Frist gebunden zu sein[62]). Die Hinzufügung der Probeclausel hätte nun lediglich im Interesse des Verkäufers gelegen, um den Käufer zur alsbaldigen Erklärung zu nöthigen, und so die Anwendbarkeit der aedilitischen Regeln auszuschließen[63]).

Dennoch zeigt sich in den Quellen keine Andeutung, daß das altcivile Institut der degustatio durch das aedil. Edict irgend seine Stellung verändert habe, daß die Probeclausel den Vortheil des Verkäufers bezwecke — die obige Darstellung ergibt das gerade Gegentheil. Es darf daher billig die Frage

---

59) l. 11. §. 3. 5. de A. E. V. (19,1).

60) Darauf deutet l. 62. §. 2. d. C. E. vergl. mit l. 4. §. 1. d. P. et C. cf. oben §. 12. II.

61) l. 1. pr. l. 63. de aedil. ed. (21,1).

62) Man wird kaum in Anschlag bringen dürfen, daß dem Käufer kraft des Degustationsvorbehalts freistand, selbst offenbar verdorbenen beim Kaufabschluß vorgelegten Wein erst mit Ablauf der Probefrist zurückzuweisen, während er nach Aedilenrecht hier keinen Anspruch gehabt hätte.

63) l. 31. D. de pactis (2,14). l. 14. §. 10 de aedil. ed. (21,1).

aufgeworfen werden, ob denn die Ausdehnung des aedilitischen Rechts auf das Gebiet, in welchem die Probeclausel mit ihren eigenthümlichen Wirkungen zur Anwendung kam, so völlig unzweifelhaft ist. Gewichtige Bedenken mußten dieser Ausdehnung entgegenstehen. Die Länge der aedilitischen Anfechtungsfristen erschien ungeeignet bei einem Gegenstand, der so leicht erheblichen Veränderungen und Preisschwankungen [64]) unterworfen ist. Es ließ sich wohl schwerlich feststellen, ob der Wein erst bei dem Käufer und durch dessen fehlerhafte Behandlung oder Nachlässigkeit krank geworden, oder ob er es bereits zur Zeit des Kaufabschlusses gewesen. Der Verkäufer durfte nichts dawider einwenden, wenn er für den Wein so lange haftete, als derselbe in seiner Were war [65]); denn die Krankheit konnte nur entweder von ursprünglich schlechter Beschaffenheit oder von seiner fehlerhaften Behandlung herrühren — eine Haftung darüber hinaus wäre entschieden unbillig gewesen.

Dagegen leistetete das althergebrachte Institut der Probeclausel allen zu berücksichtigenden Anforderungen Genüge, zumal wenn dieselbe subintelligirt wurde. Sicherlich geschah letzteres erst alsdann, da das aedilitische Edict daran gewöhnt hatte, für die Verpflichtungen des Verkäufers einen weiteren Maaßstab als das alte Civilrecht anzulegen.

So ist es denn gewiß kein Zufall, daß in die Pandekten eine sehr ausführliche Darstellung der degustatio aufgenommen ist, und zwar aus den Commentaren zu dem Hauptwerk des alten Civilrechts (Sabini libri tres juris civilis) [66]), während in der detaillirten Entwickelung des aedilitischen Rechts der für den

64) Auch bei den Römern: l. 22. D. de R. C. (12,1). l. 4. de cond. trit. (13,3). l. 3. de eo quod certo loco. (13,4).

65) Das wird überall vorausgesetzt. Der Käufer hat sich bei ihm zur Probe einzufinden. Die etwaige Zumessung geschieht später. So Cato c. 148, und die Reihenfolge in l. 1—5 h. t. Columella de R. R. XII. 19: Cura quoque adhibenda est, ut expressum mustum perenne sit, aut certe usque ad venditionem durabile.

66) l. 1. pr. l. 4. pr. §. 1. l. 6. h. t.

Römischen Handel so wichtigen Weinkrankheiten gar keine Erwähnung geschieht.

Was hier zunächst aus inneren und äußeren Gründen als bloße Vermuthung hingestellt werden konnte, wird unwiderleglich erwiesen durch die wichtige l. 15. h. t. Wie schon oben bemerkt (§. 10), unterscheidet Gaius 3 Fälle: promissum des Verkäufers, degustatio, dolus des Verkäufers. Hat der Verkäufer weder zugesagt, daß der Wein sich halten werde, noch dessen Unhaltbarkeit wissentlich verschwiegen, so haftet er gar nicht:

> — quodsi nihil affirmavit, emtoris erit periculum, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.

Jede Haftung über dolus und promissum hinaus ist ausgeschlossen. Die Stelle der Verantwortlichkeit nach den Regeln des aedilitischen Rechts vertritt beim Weinhandel die Befugniß des Käufers, nach der zeitig angestellten Probe den kranken Wein aufzuschießen. —

## VII. Das Gebiet dieses Instituts.

### §. 14.

Um so nothwendiger erscheint es schließlich, das Gebiet dieses eigenthümlichen Instituts genau abzugrenzen.

I. Es bezieht sich auf Verkauf von Wein, und zwar von Faßwein (vinum doliare, in doliis), fand also wahrscheinlich, der Natur der Sache entsprechend, beim Detailverkauf in Flaschen und Krügen (amphorae, cadi) nicht statt [67]).

II. Es wird nur beim Verkauf einer species erwähnt, also eines oder mehrerer Fässer. Ist der Inhalt eines Fasses nur theilweise verkauft, so ist der Kauf nicht perfect, und erst

67) Cato c. 148. Lex vino in doliis. Davon allein handelt der ganze erste Abschnitt unseres Digestentitels: l. 1—6. außerdem l. 15. de P. et C. Daß bei Legaten auch Flaschenwein geprobt wird, spricht nicht dagegen; denn die Probe hat dort den Hauptzweck, die vernünftige Wahl des vermachten Weins zu erleichtern.

nach geschehener Ausscheidung kann von Anwendung der oben entwickelten Grundsätze die Rede sein. Neuere bezeichnen diesen letzten Fall als Kauf einer species aus einem (übersehbaren) genus, z. B. selbst Thöl §. 73. §. 71. a. E., indessen mit Unrecht [68]). Ob die Römer den wirklichen Gattungskauf — wenigstens in Form der emtio venditio, anders durch gegenseitige Stipulationen — gekannt haben, mag hier dahingestellt bleiben. Wäre es indessen auch beim Gattungskauf vorgekommen, so hätte die Probe doch dort keinen andern Zweck gehabt als sonst, sie hätte keineswegs, wie manche Neuere, insbesondere die Französischen Juristen, vermuthen, dazu dienen sollen, über die Existenz der versprochenen Qualität zu entscheiden, oder ein Surrogat der durch den Vertrag nicht hinreichend bestimmbaren Qualität zu sein. An genauen Bezeichnungen der Weinsorten, wie der feinsten Nüancen innerhalb jeder Sorte, hat es den Römern so wenig als uns gefehlt [69]). Wollte der Kauflustige sich durch eigenen Geschmack überzeugen, ob ihm die Sorte zusage, so mußte er vor Abschluß des Handels kosten, oder die Form des Handels nach Belieben wählen.

III. Ob das gleiche Institut auch bei anderen Gegenständen außer Wein Anwendung fand, ist durchaus ungewiß: höchstens bei solchen, bei denen die gleichen thatsächlichen Voraussetzungen, insbesondere leichter Verderb, zutrafen. Eine schwache Andeutung davon könnte man in einem Gesetz aus später Kaiserzeit sehen.

> l. 1 C. quae res exportari non debeant (4, 41):
> Ad barbaricum transferendi vini et olei et liquaminis nullam quisquam habeat faculta-

68) Daß in manchen Beziehungen gleiche Grundsätze gelten, rechtfertigt diese Bezeichnung nicht. Auch die Quellen scheiden scharf z. B. l. 38. D. de judiciis (5,1). l. 47. §. 1. de leg. I. (30). l. 8, §. 2. de leg. II. (31). l. 3. pr. de tritico (33,6). vergl. mit l. 30. §. 3—5. ad leg. Falcid. (35,2).

69) Becker Gallus III. S. 238. ff. Weber a. a. O. p. 17 ff. Plin. H. N. XIV. 2. s 4. no. 20.

tem, nec gustus quidem causa aut usus commerciorum.

Auch im Diocletianischen Edikt de pretiis rerum venalium werden vinum, oleum und liquamen neben einander erwähnt.

Gegen die Beschränkung auf den Weinhandel auch nur im Justinianeischen Recht spricht keineswegs die Stellung der Hauptzeugnisse unter der umfassenderen Rubrik De periculo et commodo rei venditae et traditae. Denn an sich hat es nichts Auffallendes, unter einer allgemeinen Rubrik auch die einem Hauptgegenstand des Verkehrs eigenthümlichen Rechtsregeln darzustellen. Zumal da die Basiliken die vom Weinhandel handelnden Fragmente unseres und anderer Titel unter der besonderen Rubrik περὶ πράσεως καὶ ἀγοραςίας οἴνου (lib. 53. tit. 7.) zusammengestellt haben, in richtiger Anerkennung, daß zwar nicht sämmtliche, aber doch viele den Weinhandel regelnden Rechtssätze diesen eigenthümlich seien.

Indessen hat schon die Glosse kein Bedenken getragen, die freilich durchweg mißverstandenen Prinzipien unseres Instituts auf alle Gegenstände anzuwenden, welche beim Verkauf gekostet oder geprobt zu werden pflegen[70]), und die Vermischung desselben mit dem Handel nach Belieben hat jede Schranke der Anwendbarkeit beseitigt. —

## Cap. III. Der Handel nach Belieben.

### I. Die Quellenzeugnisse.

### §. 15.

Der Hauptsitz unserer Lehre ist der Digestentitel De praescriptis verbis et in factum actionibus XIX, 5. l. 17,

70) Gl. „si vinum" ad l. 1. pr. de P. et C. Stryk tract. de jure sensuum diss. 5. c. 1. no. 6—8. 32 — 35. c. 2. no. 2. Titius Jus privatum Romano-Germanicum lib. 4. c. 2. §. 27. Gensler §. 6. Glück XVII. S. 167. Schilling Lehrbuch III. §. 291.

Handel auf Belieben. 111. S. 15.



§. 2. 4. l. 20 pr. §. 1 2. und wie schon hierin die weiter unten (§. 22.) festzustellende Beziehung zu den Innominatcontracten klar hervortritt, so zeigen auch die fast ausschließlich den Edicts-commentarien angehörigen Schriften der Römischen Juristen, aus denen die erhaltenen Fragmente entnommen sind, daß hier nicht ein altciviles, sondern ein durch Edict und spätere Juris-prudenz ausgebildetes Institut vorliegt [1]).

Daß eines dieser Fragmente, die l. 3. D. de. C. E. (18,1), aus demselben 28. Buch des Ulpianischen Sabinuscommentar's entnommen ist, in welchem die Weinprobe behandelt wird, deutet um so weniger auf einen inneren Zusammenhang zwischen beiden Lehren, als Ulpian in diesem Buche den Kauf ex professo behandelt zu haben scheint, insbesondere mit Rücksicht auf die denselben suspensiv- oder resolutivbedingenden Nebenverträge [2]).

## II. Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung?

### §. 16.

Mit dieser Alternative ist es hier nicht gethan. Während der Weinhandel mit vorbehaltener Probe durchgehends als ein resolutivbedingter Vertrag erscheint, stellen uns die Quellen den Handel nach Belieben in drei Formen dar: selten als ein sus-

---

not. m. n. Namentlich Pothier du contrat de vente no. 310, und nach ihm Code civil art. 1587.

1) l. 17. §. 2. 4. h. t. (Ulp. libro 28 ad Ed.) l. 20 pr. §. 1. 2. eod. (Ulp. libro 32. ad Ed.). l. 6. de resc. vend. 18,5. (Paulus libro 2. ad Ed.). l. 2. §. 5. pro emtore. 41,4. (Paulus lib. 54. ad. Ed.). l. 11. §. 13. quod vi aut clam 43,24. (Ulp. lib. 71. ad. Ed.). l. 31. §. 22—24. de aedil. ed. 21,1. (Ulp. lib. I. ad Ed. aedil. cur.). l. 3. quib. modis pignus 20,6. (Ulp. lib. 3. Disput.). l. 52. §. 3. ad. leg. aquil. 9,2. (Alfenus lib. 2. Dig.). l. 3. de C. E. (18,1.).

2) Von den in lib. 18. tit. 1. 2. 3. 5. 6. und lib. 19. tit. 1. D. aufgenommenen Excerpten aus Ulpian rühren 17 aus dem 28. Buch seines Sabinuscommentars her, und 7 aus dem 32. Buch seines Edictscommentar's, endlich 16 meist kleinere Fragmente aus sehr verschiedenen Schriften, nur 2 darunter aus denselben.

pensivbedingtes, häufig als ein resolutivbedingtes, ebenso häufig als ein durchaus unbedingtes Geschäft mit einem Nebenvertrag auf Rückgabe für den Fall der Displicenz. Und zwar ist dabei mitunter die Perfection oder der Bestand des Handels schlechthin, sei es direct oder indirect, auf das Gefallen oder Mißfallen des Käufers gestellt, häufig jedoch wird zugleich oder auch allein erwähnt, daß der Gegenstand des Handels auf Probe (experiendum) oder auf Besicht (inspiciendum) gegeben sei.

Die Quellen erwähnen folgende Formeln:

I. Für die suspensivbedingte Gestalt:

1) — si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent, emeres —

l. 20 §. 1. h. t.

2) Emtio tam sub conditione, quam pure contrahi potest; sub conditione, veluti: si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.

§. 4. J. de emt. (3, 23).

Beiläufig,

3) — si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet.

l. 34 §. 6. de C. E. (18, 1).

II. Für das resolutivbedingte Geschäft:

1) — res ita distracta, ut, si displicuisset, inemta sit —

l. 3 de C. E. (18, 1).

— convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemtum sit —

l. 2 §. 5 pro emtore (41, 4).

— ita praedium venierit, ut si displicuisset, inemtum esset —

l. 11 §. 13 quod vi aut clam (43, 24).

— ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemtum sit —

l. 4 C. de aedil. ed. (4, 58).

2) — ubi sic distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

l. 3 quib. modis pignus (20, 6).

III. Für die dritte Gestalt:

1) Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur —

l. 6 de resc. vend. (18, 5).

— si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuisssent, redderes —

l. 20 pr. h. t.

2) — ita venierit, ut, nisi placuerit, — redhibeatur —

l. 31 §. 22 de aedil. ed. (21, 1).

In diesem letzten Falle, dem eines unbedingten Hauptvertrages mit angehängtem pactum displicentiae (Reukauf) entsteht nur eine obligatio aus dem Nebenvertrag auf Rückgabe [3]). In ihrem letzten praktischen Zweck kommen daher die zweite und dritte Gestalt allerdings überein, allein es finden sich wesentliche juristische Unterschiede, welche man bisher durchweg ignorirt hat. Insbesondere wird die gemeine Ansicht, daß die Geltendmachung des pactum displicentiae als Resolutivbedingung wirke [4]), am gehörigen Ort widerlegt werden (§. 19). Daß dasselbe auch in Form einer Suspensivbedingung vorkomme, ist eine unbegreif-

---

3) Eine Rückgängigmachung des Hauptvertrages findet in beiden Fällen statt, jedoch in dem zweiten direct, in dem dritten indirect. Argum: l. 15 de cond. c. d. (12, 4). l. 2 pr. de cond. ind. (12, 6). l. 12 de praescr. verb. (19, 5). l. 3 C. de pactis inter emtorem (4, 54). Savigny System III. S. 154. 155. Vangerow I. S. 174. Einen Unterschied beider Fälle deuten auch Unterholzner II. S. 223 not. o. 224 und Brinz S. 483 an.

4) Ausgeführt von Riesser Zeitschr. für Civilr. und Prozeß II. S. 33—35. Ebenso die Lehrbücher z. B. Glück XVI. S. 204. 205. 224. 225. Thibaut §. 619. Mühlenbruch §. 405 not. 15. Schweppe §. 534. Göschen II. §. 476. Seuffert §. 394. Roßhirt §. 486. Sintenis II. S. 321—323. Arndts §. 249. Treitschke Kaufvertrag S. 89.

liche Behauptung Unterholzner's (II. S. 223), welche durch l. 3 quib. modis pignus (20, 6) sicherlich nicht bestätigt wird.

Ist nun eine dieser Formeln gebraucht, so ergibt sich schon aus dem Wortlaut, welcher Art das Geschäft sein solle. Allein Zweifel entstehen, wo entweder entgegengesetzte Formeln zugleich alternativ hinzugefügt sind, wie z. B. l. 20 §. 1 h. t., oder keine derselben angewendet ist. Hier wird stets aus den anderweitigen Umständen die Absicht der Parteien zu entnehmen sein [5]). Unzulässig indessen ist der Schluß aus dem Mittel, dessen sich der Kauflustige oder Käufer bedient, um seinen Entschluß zu bestimmen, da die Verschiedenheit dieser Mittel lediglich durch die Verschiedenheit der Gegenstände bestimmt wird. Kleider und silberne Gefäße werden besehen, Pferde, Maulthiere, Rinder werden geprobt. Das Geben auf Besicht (inspiciendum dare) und das Geben auf Probe (experiendum dare) stehen durchaus auf gleicher Linie: in beiden Fällen kann eben sowohl Suspensiv- als Resolutivbedingung als der dritte Fall vorliegen [6]).

---

5) l. 20 §. 1 h. t.: — interesse, utrum emtio jam erat contracta (perfecta), an futura (nondum perfecta). — l. 52 §. 3 ad leg. Aquil. (9, 2): Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos; postea dedit experiundos; emtoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est; quaerebatur, num venditor emtori damnum praestare deberet. Respondi, si emtor boves emtos haberet, non debere praestare, sed si non haberet emtos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari; si vitio bovis, debere. Die l. 78 de furtis (47, 2): Rem inspiciendam quis dedit, si periculum spectat eum, qui accepit, ipse furti agere potest. bezieht sich möglicherweise nur auf das periculum custodiae, wie z. B. Cujaz Quaest. Papin. lib. 8 h. l. und Hasse Culpa §. 77 a. E. annehmen, und gehörte alsdann nicht hieher.

6) Inspiciendum dare l. 78 de furtis. Besehen wird die Sache auch in den l. 17 §. 4. (Kleider) l. 20 §. 2 h. t. (silberne Gefäße) erwähnten Fällen. Experiendum dare oder accipere. l. 20 pr. §. 1 h. t. l. 52 §. 3 ad leg. Aquil. (Pferde, Maulthiere, Rinder). Vgl. auch l. 18 §. 1. Commodati (13, 6): jumenta.

Eben so wenig entscheidet der Umstand, daß die Sache dem Käufer übergeben ist. Zwar wird im Falle des resolutivbedingten Kaufs und selbstverständlich beim pactum displicentiae häufig erwähnt, daß die Sache in die Gewahrsam des Käufers übergegangen sei [7]): allein Gleiches finden wir auch in Fällen, wo unzweifelhaft ein suspensivbedingter Vertrag geschlossen ist [8]), und es wird kein Gewicht darauf gelegt, sofern sonst die Natur der Bedingung zweifelhaft erscheint [9]). Auch mag daran erinnert werden, daß der Weinhandel mit Probevorbehalt ein resolutivbedingter ist, ungeachtet der Wein in der Gewahrsam des Verkäufers bleibt (§. 13 not. 65). Daß die von Vielen für die suspensive Bedingtheit des Kaufs nach Belieben allegirten l. 1 pr. l. 4 pr. §. 1 D. de P. et C. (18, 6) und l. 34 §. 5 D. de C. E. (18, 1) [10]) für diesen gar nichts, dagegen für den Weinhandel mit Probevorbehalt gerade das Gegentheil erweisen, bedarf nach den obigen Erörterungen keiner Erwähnung. Und gar nicht hierhin gehört die auch sonst unerweisliche Behauptung Unterholzner's (II. S. 225), eine auflösende Bedingung sei in der Regel anzunehmen, wenn vorbehalten sei, daß der Kauf nicht gelten solle, falls sich Fehler an der Sache zeigen.

---

7) l. 11 §. 13. Quod vi aut clam. l. 6 de resc. vend. l. 31 §. 22, 24 de aedil. ed. fragm. Vatic. § 14. l. 3 quib. modis pignus.

8) l. 17 §. 2. 4. l. 20 §. 2. h. t. l. 13 §. 2 commod. Nach Röm. Recht ist es daher unrichtig, was Cropp S. 193 (auch Treitschke S. 73. 89. Brinckmann §. 85. 84) behauptet, daß der Handel auf Besicht nur in dem Maaße geschlossen zu werden pflege, daß die Waare bis zur Besichtigung in der Gewahrsam des Verkäufers bleibe. Und eben so wird durch die angeführten Quellenzeugnisse Unterholzner's Behauptung (II. S. 254 not. 9) widerlegt, daß, wer sich Waaren zur Ansicht zusenden lasse, stets die Gefahr trage.

9) Vgl. die Stellen not. 5. 6. l. 52 §. 3 ad. leg. Aquil. behandelt sogar einen Fall, wo die Sache nicht sogleich beim Abschluß des Vertrags übergeben ist.

10) Z. B. Gensler §. 6. Cropp S. 192. Pöhls S. 195. Thöl S. 303. Roßhirt II. §. 429. Morstadt S. 29. Holzschuher II. 2. S. 646.

Aus den Römischen Rechtsquellen über unser Institut läßt sich sonach keinerlei Präsumtion weder für suspensive noch für resolutive Bedingtheit entnehmen.

Man hat indessen versucht, aus allgemeinen Prinzipien eine Präsumtion für die erstere herzuleiten, sofern der Kaufgegenstand noch nicht übergeben, oder doch nicht lediglich behufs der anzustellenden Prüfung übergeben sei (§. 3 not. 5—7). Daß die Quellen diese Ansicht nicht unterstützen, ist zweifellos. Will man die Frage nicht als eine durchaus unentschiedene ansehen [11], so wird man sich eher der bis auf die neuere Zeit ziemlich unbestritten herrschenden Ansicht zuwenden müssen, es sei im Zweifel für Resolutivbedingung zu präsumiren [12]. Denn bei der dotis datio ante nuptias, welche ja nicht, wie Thibaut anzunehmen scheint, zur Erfüllung eines vorausgehenden bindenden Versprechens geschieht, sondern selbst die Bestellung der dos ist, desgleichen bei der lex commissoria und bei der in diem addictio wird schlechthin für Resolutivbedingung präsumirt [13], ungeachtet die beiden letzten Nebenverträge sehr wohl ohne Uebergabe der Sache vorkommen können, wie andererseits trotz der Uebergabe ein suspensivbedingter Kauf erwähnt wird [14]. Nicht also um der Erfüllung willen, wie ursprünglich Thibaut, und nach ihm Andere annahmen, wird in diesen Fällen die resolutive Bedingtheit vermuthet, und noch weniger erscheint es gerechtfertigt, nun umgekehrt aus der Nichterfüllung die entgegenge-

11) Savigny System. III. S. 155 not. n. Holzschuher I. S. 383, welcher indeß einer Präsumtion für Resolutivbedingung zuneigt.

12) Glück IV. S. 479 not. 50. Thibaut Pandekten 8. Aufl. §. 89 not. m. n., und Civilistische Abhandlungen S. 378—380. Fritz Erläuterungen zu Wening I. S. 194. 195 und Wening-Ingenheim 5. Aufl. I. §. 88 not. y. z. Sintenis I. §. 20 not. 20. Heimbach im Rechtslexikon I. S. 771.

13) l. 7 §. 3. l. 8 de J. D. (23, 3). l. 1 §. 2 pro dote (41, 9) von Ulpian, Callistratus und Julian. l. 2 §. 4 pro emtore (41, 4). l. 41 pr. de R. V. (6, 1). l. 3 quib. modis pign. (20, 6). l. 1 de leg. comm. (18, 3). Die von Cropp sonst allegirten Stellen gehören nicht hierher.

14) l. 4 pr. de in diem add. (18, 2).

setzte Präsumtion zu entnehmen [15]). Die weiteren praktischen Argumente Cropp's sind blendend, aber unzureichend. Denn das angebliche Dilemma, es würde kein Theil auf Erfüllung klagen können, weil er nicht darthun könnte, daß eine bloße Resolutivbedingung bezweckt worden sei, beseitigt sich durch die Erwägung, daß den Gegner die Beweislast der beabsichtigten Suspensivbedingung trifft [16]). Und das Bedenken, es dürfe die Waare doch nicht auf's Ungewisse hin abgeliefert und bezahlt werden, möchte sich dadurch erledigen, daß der Käufer schwerlich geneigt sein wird, Zahlung zu leisten, bevor er den Handel als unwiderruflich ansieht, ja auch nur die Sache früher zu übernehmen, außer um der anzustellenden Probe willen. Im Falle des Creditkaufs oder betrügerischer Absichten des Käufers wird der Verkäufer durch geeignete Schritte sich sichern können. Die Hauptfrage ist die Gefahrstragung. In Bezug auf diese aber spricht mehr dafür, im Zweifel solche den Käufer als den Verkäufer tragen zu lassen, der durch den Verkauf der Disposition über die Waare entsagt hat. Gerade hierfür bietet die Auffassung des Weinhandels auf Probe eine beachtenswerthe Analogie. Daß übrigens bei den Römern der Handel nach Belieben als suspensivbedingter Vertrag selten vorkam, ist nicht allein aus der seltenen Erwähnung dieser Form, sondern auch aus inneren Gründen (vgl. §. 22 ff.) mit Sicherheit zu schließen.

## III. Willkührlicher Entschluß.

### §. 17.

So entschieden für den Weinhandel aufs Kosten das willkührliche Rücktrittsrecht des Käufers in Abrede gestellt werden mußte, so sicher hängt es hier von seinem Belieben ab, ob er

---

15) Wie ursprünglich Thibaut §. 121 und nach diesem Schweppe §. 116. Cropp S. 193—195. Treitschke S. 73. 89. 200. Thöl S. 303. Seuffert §. 76 not. 7. Vgl. die §. 3 not. 5—7 Allegirten.

16) Böcking Pandekten 2. Aufl. I. §. 103 not. 8. 9. §. 118 not. 8. 9. Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock S. 4—8.

im ersten Falle den Kauf eingehen, in den anderen Fällen an den geschlossenen gebunden sein wolle. Es bedarf dafür keines weiteren Zeugnisses. Für „Gefallen" und „Mißfallen" gibt es keinen anderen Maaßstab als einen subjectiven, Besehen und Proben sind stets nur Mittel zum Zweck [17]). Freilich folgt daraus nicht, daß das Recht des Käufers mit dessen Tode erlösche [18]).

Es ist daher nicht gerade unzutreffend, wenn Thöl Verträge dieser Art als „Handel auf Laune" bezeichnet, denn auch bloße Laune mag den Käufer bestimmen, zurückzutreten. Indessen ziehe ich den Ausdruck „nach Belieben" vor, da derselbe einerseits über die volle Freiheit des Käufers eben so wenig Zweifel läßt, andererseits die Mißdeutung vermieden wird, als ob die Abhängigkeit des Geschäfts von vorübergehender Stimmung des Käufers vorzugsweise charakteristisch wäre. Ein vernünftiger Geschäftsmann wird auch bei einem solchen Handel sich schwerlich durch Laune bestimmen lassen, sondern durch die Qualität der Waare, die Preisangemessenheit, die zeitlichen und örtlichen Conjuncturen, die Persönlichkeit des Verkäufers und dergleichen mehr.

Hier also sind allerdings Besehen, Proben, und jedes andere ähnliche Mittel nur für den Entschluß des Kauflustigen oder Käufers bedeutend. Derselbe darf nicht allein billigen, un-

---

17) Ganz willkührlich ist die Behauptung Unterholzner's II. S. 225. „Es versteht sich von selbst, daß der Käufer, der etwas auf die Probe genommen hat, nicht ohne erweislichen Grund zurücktreten kann," während im Falle des suspensivbedingten Kaufs „der Käufer nicht nöthig habe, seine Verwerfung durch Gründe zu rechtfertigen." Derselbe stellt §. 431. 433 den „Vorbehalt der Reue" als einen besonderen Nebenvertrag neben den „Vorbehalt der Prüfung," sagt jedoch von beiden wesentlich dasselbe. Eine ganze Reihe angeblich verschiedener Nebenverträge zählt auf Voet lib. 18 tit. 1. no. 24. 26.

18) So Voet no. 26. Glück XVI. S. 229. Koch R. der F. III. S. 911. Richtig Treitschke S. 89. 90. Troplong vente no. 112.

Handel auf Belieben.   Bk. §. 18.



geachtet er gar nicht gesehen oder geprobt hat, ja ungeachtet ihm die Waare mißfällt; er darf auch mißbilligen, wenngleich ihm die Waare gefällt und vollkommen preiswürdig, leicht und mit Vortheil umsetzbar ist, ja sogar ohne dieselbe gesehen oder geprobt zu haben, weil, wie der Entschluß selbst, so auch der Gebrauch des Mittels, welches dazu dienen soll, denselben zu bewirken, in seinem reinen Belieben steht [19]).

## IV. Art und Wirkung der Erklärung.

### §. 18.

Erscheint somit hier der Akt der Besichtigung, des Probirens u. s. w. als rechtlich durchaus unerheblich, so kann der suspensivbedingte Handel nur perfect werden durch die ausdrücklich oder stillschweigend, und zwar rechtzeitig, erklärte Billigung der Waare; der resolutivbedingte nur rückgängig werden durch die ausdrücklich oder stillschweigend, rechtzeitig erklärte Mißbilligung der Waare, gleichviel ob eine Untersuchung vorangegangen ist oder nicht [20]). Bloßes Stillschweigen gilt an sich weder als Billigung noch als Mißbilligung [21]). Indessen falls der Käufer über die gebührende Zeit hinaus schweigt, ist doch die Bedingung ausgefallen, von deren Eintritt, sei es die Perfection, sei es die Auflösung des Geschäfts abhing, und insofern hat praktisch das Stillschweigen beim suspensivbedingten Kauf die Wirkung der Mißbilligung [22]), beim resolutivbedingten und dem

19) Cropp S. 188. Thöl S. 297. 298. 301 not. d. Brinz S. 481.

20) Gemeine Meinung: Glück XVII. S. 156. Cropp S. 200—206. Pöhls S. 167. 195. Treitschke S. 109. 110. Thöl S. 301. 302. Wilda Rechtslexikon VI. S. 50. Vangerow III. S. 453. 456. Puchta §. 360 und Vorles. Seuffert II. §. 277 not. 6. Sintenis §. 116 not. 4. Brinckmann §. 84. 85.

21) l. 142 de R. J. (50, 17). Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Savigny System III. S. 248 ff. Böcking I. S. 297 not. 2.

22) l. 4 §. 1 de P. et C. (18, 6) wird von Koch R. der F. III.

völlig unbedingten mit Reuvertrag die Wirkung der Billigung. Ueber die angebliche mora vgl. §. 21.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Waare sich bereits in der Gewahrsam des Käufers befindet. Im ersten Falle gilt das bloße Behalten ohne weitere Erklärung nicht als Billigung [23]), und ebenso genügt umgekehrt beim resolutivbedingten Handel die bloße Erklärung der Mißbilligung auch ohne gleichzeitige Zurückstellung der Sache zur Auflösung des Geschäfts.

Freilich steht beim resolutivbedingten Handel die Waare auf Gefahr des Käufers. Geht dieselbe also vor der Mißbilligung unter, sei es zufällig oder durch seine Schuld, so ist nun die Auflösung des Geschäfts unmöglich, der Kaufpreis muß gezahlt werden [24]). Beim suspensivbedingten Handel dagegen wird der Käufer frei, sofern die Sache vor der Billigung untergeht, gleichviel ob zufällig oder durch eigene Schuld oder durch das vertretbare Verschulden Dritter [25]), nur daß er wegen eigenen oder vertretbaren Verschuldens Dritter, insbesondere bei Rücksendung der Sache, selbstverständlich ersatzpflichtig ist, und der Umfang des Entschädigungsanspruchs häufig dem Betrage des Kaufpreises gleichkommen mag. Da hier der Vertrag stets in beiderseitigem Interesse geschlossen wird, so steht der Käufer für levis culpa in custodiendo ein [26]). Der Ersatzanspruch kann nicht mit der Kaufklage geltend gemacht wer-

---

S. 626. 627 für das Gegentheil angezogen, weil er übersieht, daß der Weinhandel aufs Kosten nicht suspensiv- sondern resolutivbedingt ist.

23) So mit Unrecht, ohne Beweis Schweppe §. 533. Koch S. 627.

24) l. 20 §. 1 de pr. verbis (19, 5). l. 78 de furtis (47, 2). l. 8 pr. de P. et C. (18, 6). l. 2 §. 1 l. 3 de in diem add. (18, 2). l. 2. de lege com. (18, 3). Der Widerspruch Schweppe's III. §. 534. und von Brinz S. 482 ist durchaus ungegründet.

25) l. 17 §. 2. 4. l. 20 §. 1. 2. de pr. verbis. l. 13 §. 1 commod. (13, 6). Vgl. §. 7 not. 7.

26) l. 17 §. 2. 4. l. 20 §. 2 de pr. verbis. l. 10 §. 1 l. 11. 12 commod. Vgl. l. 5 §. 2. l. 18 pr. eod. l. 108 §. 12 de leg. I. (30).

den, da wegen Deficienz der Bedingung gar kein Kauf zu Stande gekommen ist, sondern mit der actio praescriptis verbis aus dem allein übrigbleibenden Innominatcontract [27]).

Die verschlechterte Waare muß der Verkäufer in beiden Fällen zurücknehmen; im ersten, weil ihn die Gefahr der Verschlechterung trifft, im zweiten, weil der Käufer nicht gebunden ist und auch die verschlechterte Waare beliebig ablehnen darf. Für verschuldete Deterioration ist er selbstverständlich ersatzpflichtig.

Ebenso ist alsdann der aus der einstweiligen Benutzung der Sache gezogene Gewinn an den Verkäufer herauszugeben, und der für den Gebrauch in der Probezeit eventuell verabredete Lohn zu zahlen. Beides wird mit einer actio praescriptis verbis eingeklagt [28]), da die actio venditi hier nicht zureicht, die für den ersten Anspruch denkbare actio commodati und die für den zweiten denkbare actio locati aber um deswillen ausgeschlossen sind, weit ursprünglich nicht ein Leih- oder Miethvertrag, sondern ein Kaufhandel bezweckt worden war. [29]).

Andererseits darf der Käufer in beiden Fällen den bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern, sofern er sich gleichzeitig zur Rückgabe der Sache erbietet, oder der Verkäufer diese freiwillig zurückgenommen hat [30]).

---

27) l. 17. §. 2. l. 20. §. 2. cit.

28) l. 20. pr. §. 1. cit. l. 13. §. 1. commod. Domat les loix civiles I. 2. s. 7. no. 6. Thöl S. 300. not. 8. 12.

29) — uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam. l. 8. pr. mand. (17,2). l. 1. §. 11—13. deposit. (16,3).

30) Mit der actio emti nach Sabinus, oder einer actio in factum proxima emti (weil die actio emti eigentlich nur den Anspruch des Käufers bei perfectem Kauf umfaßt) l. 6. D. de resc. vend. (18,5). actio in factum l. 31. §. 22. de aedil. ed. (21,1). Judicium in factum de reciperando pretio Vatic. fragm. §. 14. vgl. mit l. 31. §. 17—19. de aedil. ed. Schlechthin, nach ihrem Zweck, redhibitoria genannt l. 4. C. de aedil. ed. (4,58). Ueber diese alternative Concurrenz der Contractsklage mit der actio in factum vgl. l. 12. D. de pr. verbis (19,5). und l. 2. C. de pactis inter emtorem (4,54). Auch Schilling, Lehrbuch der Institutionen III.

## §. 19.

Die hier für den ersten und zweiten Fall besprochenen Grundsätze gelten in dem dritten, dem unbedingten Hauptvertrag mit dem pactum displicentiae, nur insoweit, als dessen eigenthümliche Natur oder besondere Rechtsvorschrift nicht Abweichungen bedingt. Hier sollen nämlich, nach klarem Ausspruch Ulpian's, die Prinzipien angewendet werden, welche bei der Redhibition fehlerhafter Sachen gelten [31]. Der Zweck der Redhibition geht nun zwar gleichfalls auf Wiederherstellung des Zustands vor abgeschlossenem Kauf, doch treten bekanntlich nicht die Wirkungen einer erfüllten Resolutivbedingung ein [32]. Eine wichtige Consequenz dieses Grundsatzes, daß nämlich die in der Zwischenzeit vom Käufer constituirten dinglichen Rechte bei Auflösung des Vertrages nicht zusammenfallen, findet sich freilich, aus anderen Gründen, nämlich wegen der nicht rückwirkenden Kraft der Potestativbedingung, auch in unserem zweiten Falle: dem des resolutivbedingten Kaufs (l. 3 D. quib. modis pignus 20,6). Eine andere Consequenz dagegen ist unserem dritten Falle eigenthümlich: die Zulässigkeit der Redhibition auch einer untergegangenen Sache, gleichviel ob dieselbe untergegangen ist in Folge ihrer Fehlerhaftigkeit, oder durch Zufall, oder sogar durch Schuld des Käufers, nur daß, unter dieser letzten Voraussetzung, der an sich statthafte Anspruch auf Restitution des Kaufpreises durch den Entschädigungsanspruch des Verkäufers in der Regel factisch paralysirt wird [33].

---

§. 324. not. 5. und „Erinnerung“ zu §. 325. Ohne allen Grund behauptet Neustetel Röm. Rechtl. Untersuchungen S. 199. 200, daß die actio in factum nur in Ermangelung einer Fristbestimmung „ex jure singulari aus dem von den Aedilen polizeilich für ungültig erklärten Vertrage gegeben sei,“ sonst die Contractsklage stattfinde.

31) l. 31. §. 22—24. de aedil. ed. (21,1). Vatic. fragm. §. 14. vgl. §. 20. II.

32) l. 21. pr. §. 1. l. 23. §. 1. 7. l. 43. §. 8. 9. l. 60. de aedil. ed. l. 4. pr. quib. modis pignus (20,6). l 8. §. 5. l. 9. D. de alien. judicii mut. (4,7).

33) l. 31. §. 6. 9. 11—13. l. 47. §. 1. l. 48. pr. de aedil. ed.

l. 31 §. 24 de aedil. edicto.

In his autem actionibus eadem erunt observanda, quae de partu, fructibus, accessionibus, q u a e q u e d e m o r t u o r e d h i b e n d o dicta sunt.

Schärfer läßt sich der bloße Nebenvertrag auf Rückgabe für den Fall der Displicenz von dem resolutivbedingten Hauptvertrag nicht abgrenzen. Hier trifft die Gefahr des Untergangs den Käufer stets, dort niemals [34]).

Umgekehrt würde, sofern die Rückgabe möglich ist, in unserm dritten Fall die Mißbilligung ohne Rückgabe wirkungslos sein, da nicht die Auflösung des Hauptvertrages von der Mißbilligung abhängig erscheint, sondern die Rückgabe nur einen Anspruch des Käufers auf Beseitigung seiner Wirkungen begründet.

## V. Zeit der Erklärung.

### §. 20.

Wann ist rechtzeitig erklärt?

I. Ist eine (Untersuchungs- und) Erklärungsfrist vertragsmäßig festgestellt, so darf bis zu deren Ablauf der Kauf-

---

l. 16. §. 2. de evict. (21,2). Donellus Comment. ad tit. D. de aedil. ed. c. 5. no. 14. (opp. Florentiae 1847. X. p. 1354. 1355). Gesterding Zeitschr. für Civilr. und Proz. VI. S. 34. ff. Wächter Archiv für civil. Prax. XV. S. 196. not. 13. S. 221.

34) Daß in einem Diocletianischen Rescript (l. 4. C. de aedil. act.) die im Falle eines resolutivbedingten Vertrages (ut si displicuerit, inemtum sit) statthafte Klage auf Restitution des Kaufpreises nach ihrem letzten Zweck redhibitoria actio genannt wird, darf eben so wenig befremden, als daß die wirkliche redhibitoria actio bei einem fundus pestibilis dieser ersteren als eadem actio gleichgestellt wird. Die Gleichstellung hatte hier weniger Anstand, weil ein Grundstück nicht leicht untergeht. Genaue Ausdrucksweise aber wird man hier nicht verlangen, wie die Bezeichnung eines resolutivbedingten Vertrages als „sub conditione venditum" hinreichend erweist.

lustige oder Käufer die Vorlegung der beim Verkäufer befindlichen Waare behufs der Prüfung verlangen. Selbstverständlich im Falle des unbedingten oder resolutivbedingten Kaufs, aber auch bei suspensivbedingtem Handel, weil ja der Verkäufer unbedingt gebunden ist [35]). Verzögert der Verkäufer die Vorlegung, so schadet natürlich dem Käufer der Ablauf der Frist nicht (vergl. §. 7. III.).

Hat dagegen der Käufer den Termin fruchtlos verstreichen lassen, gleichviel aus welchem Grunde, so gilt die Bedingung der Perfection oder der Auflösung als ausgefallen.

Die üblichen Fristen scheinen, der Natur der Sache nach, wie beim Weinhandel, sehr kurz gewesen zu sein [36]), die Verabredung eines Rücktrittsrechts auf alle Zeiten so exorbitant, daß sogar Zweifel über deren Gültigkeit entstehen mochten [37]).

II. Ist keine Frist, noch jederzeitiges Rücktrittsrecht verabredet, so gilt nach dem edilitischen Edict für den Fall des pactum diplicentiae eine 60 tägige Redhibitionsfrist. Die Frist läuft natürlich vom Vertragsschluße an, wird jedoch utiliter berechnet l. 31. §. 22. 23. de aedil. ed.

Die Klage ist die gewöhnliche actio redhibitoria, gerichtet auf Ersatz des Kaufgeldes nebst Zinsen und sonstigen Accessionen, namentlich Impensen, oder Befreiung von der besonders promittirten Kaufgelderschuld — gegen Rückgabe der Sache, so weit diese möglich, der gezogenen und schuldbarer Weise nicht gewonnenen Früchte, Ersatz aller nicht rein zufälligen Verschlechte-

35) Es braucht nicht gerade speziell ausbedungen zu sein, wie in l. 52. §. 3. ad leg. Aquil. (9,2): Quidem boves vendidit ea lege, uti daret experiundos. Postea dedit experiundos. l. 21. 110. pr. 147. de R. J. (50,17). Treitschke S. 110. Tropp S. 200.

36) l. 20 pr. h. t.: — ut, si in triduo displicuissent, redderes —

37) l. 31. §. 22. de aedil. ed. Daß auch beim Schweigen über den Termin hinaus der Kauf noch nicht aufgehoben, sondern eine weitere Aufforderung desselben zur Erklärung erforderlich sei (Souchay Anmerkung I. S. 225.) ist ungegründet. Die Innehaltung der Erklärungszeit ist Theil der Bedingung.

rungen und Befreiung von den etwa auferlegten dinglichen Lasten[38]). Kein Theil braucht vorzuleisten[39]).

Hat der Verkäufer freiwillig die Sache zurückgenommen, so steht, gleichviel wann die Zurücknahme erfolgt ist, eine, nach heutigem Recht, der 30 jährigen Verjährung unterliegende actio in factum auf Rückgabe des Kaufpreises zu, gegen welche der Verkäufer natürlich seine sonstigen Gegenansprüche geltend machen darf, wie demselben wegen Deteriorationen auch eine selbstständige actio venditi zusteht[40]).

Die 60 tägige Frist des Edicts ist Erklärungsfrist. Daraus folgt, von welchen Prinzipien man auch hinsichtlich der Verjährung der Exceptionen ausgehen mag, daß nach ihrem Ablauf der Einwand der Displicenz auch nicht als exceptio gegen die Klage auf den Kaufpreis vorgebracht werden darf. Allein sie ist zugleich Rückgabefrist. Die bloße Mißbilligung ohne gleichzeitige Rückgabe oder Klage auf Rücknahme wird daher nur insofern genügen, als hinreichende Gründe dafür sprechen, die Rückgabe oder Klage über die Frist auszusetzen. l. 31 §. 23 h. t.

Daß diese Prinzipien auch für den Fall des resolutiv- oder gar für den suspensivbedingten Kauf gelten[41]), steht

38) l. 31. §. 24. l. 1. §. 1. l. 21. §. 1. l. 23. pr. §. 1. 8. 9. l. 24 25. pr. §. 1—9. l. 27. 29. §. 1—3. l. 30. pr. §. 1. l. 31. pr. §. 2. 3. 4. 9. 11. 14. 15. l. 43. §. 5. 8. l. 58. pr. §. 1. de aedil. ed. (21,1).

39) l. 25. §. 9. 10. l. 26. 29. §. 1. l. 48. §. 1. l. 58. pr. §. 1. l. 31 pr. eod. Im Formularverfahren trat das besonders hervor, da die actio redhibitoria eine arbitraria actio war, mit condemnatio in duplum des ungehorsamen Verkäufers. Spuren davon l. 29. §. 3. l. 45. l. 23. §. 4. eod.

40) l. 31. §. 17—19. l. 23. pr. eod. Ob in dem corrupten fragm. Vatic. §. 14. diese Klage gemeint ist, oder die Redhibitorienklage, mag dahingestellt bleiben.

41) Für den resolutivbedingten z. B. Pöhls S. 110. Treitschke S. 89. Thöl S. 302. Sintenis §. 116. not. 4. Brinckmann §. 84. Auch für den suspensivbedingten Franzke lib. 18. tit. 1. no. 296—298. Voet lib. 18. tit. 1. no. 26. Brinz S. 483. Holzschuher II. 2. S. 649.

ohne jeden Beweis. In den Quellen zeigt sich keine Spur ihrer analogen Anwendung. Auch lag dazu kein Bedürfniß vor. Denn es versteht sich in diesen Fällen, nach dem vermuthlichen Willen der Contrahenten, von selbst, daß sich der Käufer sobald als thunlich zu erklären hat, und daß jede Zögerung, sei es mit der Prüfung und der Erklärung, sei es mit der letzteren allein, den Ausfall den Potestativbedingung herbeiführt. Ebenso wenig bedarf es, wie gleichfalls schon oben (§. 11) ausgeführt ist, einer Aufforderung des Käufers, weder einer einmaligen noch gar einer doppelten, wie Cropp S. 198. 199. und Thöl S. 301. 302 für den Fall des suspensivbedingten Vertrags annehmen. Denn die erste, welche dazu dienen soll, die fehlende Probefrist zu ersetzen, ist unnöthig, da bei einem Handel nach Belieben, wie beim Weinhandel auf Probe, alsbaldige Erfüllung der Bedingung als gemeint gilt, sonach die Erklärung selbstverständlich sobald als möglich zu erfolgen hat. Die zweite gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung „mit dem Präjudiz, daß Verkäufer widrigenfalls vom Handel zurücktreten und anderweitig über die Waare verfügen werde[42])," oder auch die eine solche Aufforderung vertretende Klage „auf Erfüllung oder Aufhebung des Handels," ist eben so wenig erforderlich, da ohnehin der Verkäufer durch den Ausfall der Bedingung frei wird. Erforderlich wäre die erste Aufforderung — aber auch nur diese — sofern hier die Grundsätze von der mora gälten, wie Cropp, Thöl und Andere annehmen. Allein ohne allen Grund, wie sogleich gezeigt werden soll. Die zweite Aufforderung stützt Cropp gleichfalls auf die mora des Käufers, indem die Befugniß vom Handel zurückzutreten schon in „gewöhnlichen Fällen dem Verkäufer gegen den morosen Käufer zustehe." Eine solche Befugniß indessen existirt bekanntlich nach Römischem Recht nur insoweit, als das Interesse des Verkäufers erweislich gerade in dem Rücktritt vom Vertrage besteht,

42) Unter dem Präjudiz „daß die Billigung der Waare von Seiten des Käufers werde angenommen werden" (Souchay Anmerk. I. S. 224. 225.) kann niemals der Termin anberaumt werden. Ein solches Präjudiz wäre widerrechtlich und daher wirkungslos.

indem durch die Zögerung ihm die Leistung des Kaufpreises unnütz geworden ist [43]). Die von Cropp und Anderen für diese Behauptung angeführten Quellenzeugnisse sind schon oben besprochen (§ 11 not 37). L 1 § ult. und l 4 § ult. de P. et C. (18, 6) haben nicht die Aufhebung des Kaufvertrages, sondern dessen Erfüllung, in der durch die mora des Käufers veranlaßten Art, zum Inhalt: der Verkäufer behält nicht etwa das Kaufobjekt, sondern er giebt es preis. Das darf er allerdings erst nach vorgängiger Androhung.

Mag somit auch, wie §. 11 gezeigt, unter Umständen eine außergerichtliche oder gerichtliche Aufforderung rathsam sein, so genügt es doch, wenn nur auf irgend sichere Weise erhellt, daß Billigung oder Mißbilligung sobald als thunlich erklärt oder nicht erklärt seien.

Die Beweislast [44]) trifft denjenigen, welcher seinen Anspruch, mag derselbe auf Erfüllung des Vertrags oder auf Rückgabe der Leistung gerichtet sein, sei es auf die rechtzeitige Billigung, sei es auf die rechtzeitige Mißbilligung stützt.

Klagt also der Käufer auf Lieferung, so hat er, falls der Vertrag suspensivbedingt war, zu erweisen, daß er die Waare rechtzeitig gebilligt habe; war der Vertrag resolutivbedingt, so hat umgekehrt der Verkäufer in diesem Falle einwandsweise die rechtzeitige Mißbilligung darzuthun.

Klagt der Käufer auf Rückgabe des Kaufpreises, so hat er falls der Vertrag resolutivbedingt war, die rechtzeitige Mißbilligung; im entgegengesetzten Falle der Verkäufer einwandsweise die rechtzeitige Billigung zu erweisen.

Klagt der Verkäufer auf den Kaufpreis, so hat er, sofern der Vertrag suspensivbedingt war, die rechtzeitige Billigung; im umgekehrten Falle der Käufer einwandsweise die rechtzeitige Mißbilligung darzulegen.

Klagt der Verkäufer auf Rückgabe der Sache, so hat er,

43) Puchta §. 268. not. e. Mommsen Beiträge III. S. 257. 258. III. S. 26. ff.

44) Thöl S. 301. 302. Holzschuher II. 2. S. 650.

sofern der Vertrag resolutivbedingt war, den Beweis rechtzeitiger Mißbilligung, im entgegengesetzten Falle der Käufer einwandsweise den Beweis rechtzeitiger Billigung zu führen.

## VI. Mora des Käufers?

### §. 21.

Während man darüber einverstanden ist, daß das Schweigen des Käufers beim resolutivbedingten Handel praktisch als Billigung gelte, hat die Mehrzahl auffallenderweise die nothwendige entgegengesetzte Consequenz, welche in der obigen Entwickelung dargelegt ist, aus der Natur des suspensivbedingten Vertrages nicht gezogen, sondern hier das Schweigen des Käufers bald ohne jeden Grund als Verzichtleistung auf die Bedingung und als Billigung gedeutet, bald wenigstens den Uebergang der Gefahr an dasselbe geknüpft. So die §. 3 not. 12. 13. allegirten Schriftsteller.

Soweit die Verfechter dieser Ansicht eine Begründung versucht haben, läßt sich dieselbe dahin zusammenfassen: Der Kauflustige sei (zum Besicht und) zur Erklärung verpflichtet. Unterlasse er solche innerhalb der vertragsmäßig festgesetzten oder durch Aufforderung des Verkäufers festgesetzten Zeit, so begehe er eine **mora**, und müsse, als Folge derselben, nun die Gefahr des Unterganges wie der Verschlechterung der Waare tragen [45]). **Koch** Recht der Forderung III S. 627 hat diesen Gedanken nur schärfer ausgeführt, wenn er hinzufügt, die **Erfüllung** von Seiten des Käufers bestehe zunächst gerade in der Erklärung, ob er die Sache behalten wolle oder nicht. Um dieser mora willen hat man das ganze künstliche Gebäude mehrfacher Interpellationen des Käufers errichtet, dessen Zerstörung wir so eben versucht haben. —

In dieser Argumentation erscheint uns jedes Glied fehlerhaft. Der Kauflustige ist zu keiner Erklärung verpflichtet — in dem Vorübergehenlassen der gesetzten oder gesetzlichen Frist liegt,

---

45) Cropp S. 199. Thöl S. 302. not. 20.

wie bereits Vangerow III. S. 453 treffend erwiedert hat, thatsächlich die Erklärung, daß er auf den Handel nicht eingehen wolle. Die Bedingung ist dann eben ausgefallen, der Verkäufer nicht mehr gebunden.

Der Kauflustige soll durch Vorenthaltung seiner Erklärung eine mora begehen. Allein von einer wirklichen mora kann nur da die Rede sein, wo eine geschuldete Leistung oder deren Annahme unterlassen wird. Der Kauflustige nun schuldet weder etwas, noch ist er etwas abzunehmen verpflichtet, denn den Kaufpreis hätte er erst nach der Billigung zu zahlen, und die Waare erst nach dieser abzunehmen. Eine mora im technischen Sinne durch Nichterklärung begangen, kennt das Römische Recht nicht. Selbst bei der optio legata wird eine solche nicht angenommen[46]. Bei dem Kauf ad mensuram vermag der Käufer allerdings eine mora dadurch zu begehen, daß er sich zum Messungstermin nicht einfindet. Allein hier steht doch eine Handlung des Käufers, oder mindestens eine Assistenz bei der Handlung des Verkäufers in Rede, und zwar eine Handlung, die von Jedem vorgenommen werden kann, nicht eine Erklärung, welche die eigene Entschließung des Käufers nothwendig voraussetzt. Daher die Folge dieses Verzugs, daß der Verkäufer nun allein ohne den Käufer die Waare mißt, und dadurch den Kauf perficirt. Eine solche Perfection, indem der Verkäufer die Erklärung des Käufers supplirte, wäre hier schlechterdings widersinnig.

Ueberdies ist der Kauf ad mensuram, wie wir oben gezeigt haben §. 7 not. 10, ein unbedingter, wenngleich imperfecter, daher eine mora bei demselben denkbar. Insofern ist es ungegründet, wenn Mommsen Beiträge III. S. 154 in l. 1. §. 3. l. 5. D. de P. et. C. (18,6.) l. 2. C. eod. (4, 58) Ausnahmen von der durchaus ausnahmslosen Regel[47] finden will, daß bei suf-

46) Mommsen Beiträge III. S. 153.

47) l. 88. de R. J. (50,17): nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. l. 88. 169. §. 1. eod. l. 49. §. 3. l. 10. de V. O. (45,1). l. 54. 55. 213. pr. de V. S. (50,16). l. 9. pr. de R. C. (12,1). §. 33. J. de act. (4,6). Madai Mora S. 43. Fritz Erläuterungen III. S. 326. 349. Mommsen Beiträge III. S. 48.

pensivbedingten Verträgen eine mora des bedingt Verpflichteten oder Berechtigten völlig undenkbar ist, da sie dem Grundprinzip des Instituts widersprechen würde.

Nicht besser steht es mit der praktischen Durchführung dieses Grundsatzes. Die Gefahr soll auf den Käufer übergehen — also, doch er soll so behandelt werden, als hätte er gebilligt, obwohl Cropp und Thöl das bloße Stillschweigen nicht als Billigung ansehen, und sicherlich nicht anders das Stillschweigen auf ergangene Aufforderung als ohne solche. Und von wann an und wie lange soll den Käufer die Gefahr treffen? Bis über die Klage entschieden ist, welche mit dem alternativen Petitum gestellt wird „daß der Gegner den Handel erfülle oder ihn aufhebe", oder bis die zweite Erklärungsfrist, welche mit dem Präjudiz gestellt wird „daß Verkäufer widrigenfalls vom Handel zurücktreten und anderweitig über die Waare disponiren werde" verstrichen ist? Oder bis es dem Verkäufer beliebt, über die Waare zu disponiren? Soll es diesem also freistehen, nach Belieben fortzuspeculiren, um ungünstigen Falls den Käufer belasten zu können?

Auf diese Fragen scheint keine, oder doch nur eine willkührliche Antwort möglich.

Dennoch läßt sich in dieser weit verbreiteten Ansicht Ein wahres Moment nicht verkennen, und ein dunkles Gefühl desselben mag zu ihrer Empfehlung beigetragen haben. Es ist nämlich unter Umständen allerdings eine mora des Käufers denkbar, und zwar gerade alsdann, wenn der Kauf nicht zu Stande kommt, oder aufgelöst wird. Nur freilich nicht eine mora in der Erklärung, sondern eine mora in der Rückgabe der Waare. Befindet sich beim Ausfall der Suspensiv- oder beim Eintritt der Resolutivbedingung die Sache noch beim Verkäufer, so findet keine Verantwortlichkeit des Käufers statt. Der Verkäufer mag nach Belieben über dieselbe disponiren. War sie aber dem Käufer bereits übergeben, so hat er sie nun ohne Grund, und ist verbunden,

---

153—155. Ueber die Verwirkung der Conventionalstrafe Schröter Zeitschr. für Civilr. u. Proz. IV. S. 167. ff. Mommsen a. a. O. S. 84. ff.

sie dem Verkäufer zurückzustellen. Unterläßt er das, der Aufforderung des letzteren ungeachtet, so ist er in mora, und trägt um deßwillen die Gefahr, soweit er nicht zu erweisen vermag, daß Untergang oder Verschlechterung auch die rechtzeitig restituirte Waare getroffen haben würde [48]). Dies gilt auch alsdann, wenn eine bestimmte Erklärungsfrist verabredet war, weil die mora nicht sogleich mit dem Ausfall der Suspensivbedingung oder mit dem Eintritt der Resolutivbedingung beginnt, sondern auch hier ein Interpellation erforderlich ist [49]). Um daher den Käufer in Verzug zu versetzen, genügt es nicht, daß der Verkäufer denselben gerichtlich oder außergerichtlich auffordert, nach Ablauf einer geeigneten Frist entweder zu billigen, oder falls er mißbillige, die Sache zurückzustellen [50]). Er muß vielmehr den Ablauf der vertragsmäßigen oder sonst geeignet erscheinenden Frist abwarten, und falls inzwischen der suspensivbedingte Vertrag nicht gebilligt, oder der resolutivbedingte Vertrag aufgerufen ist, die Restitution der Waare außergerichtlich oder durch Klage verlangen. Hat er seinerseits bereits den Kaufpreis empfangen, so hat er selbstverständlich diesen gleichzeitig zu offeriren. —

Hiermit sind die praktischen Fragen erledigt, deren Beantwortung für den Handel nach Belieben aus den Römischen Rechtsquellen uns oblag. Es bleibt uns, bevor wir zur Darstellung des neueren Rechts im zweiten Abschnitt übergehen, nur noch übrig, die Stellung unseres Instituts im System des Römischen Rechts zu fixiren, insbesondere seine Beziehung zu den Innominatcontracten, zum Wiederkauf und zu den Regeln des ädilitischen Edicts darzulegen. Die Erörterung dieser Punkte bleibt dem nächsten Heft vorbehalten. —

---

48) l. 14. §. 1. depositi (16,3). l. 25. §. 1. 2. sol. matrim. (24,3). Sintenis II. §. 98. not. 44. Vangerow III. S. 221—223. Mommsen III. S. 183—203.

49) Madai Mora S. 48. Fritz Erläuterungen III. S. 333. 334. Vangerow III. S. 212. Mommsen III. S. 116.

50) l. 88. de R. J. (50,17). l. 49. §. 3. de V. O. (45,1). Mommsen III. S. 49. 50.

# VI.

## Ueber Handelsgesellschaften

von

Herrn Dr. Ladenburg,
Oberhofgerichtsadvocat in Mannheim.

### I.

Der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, welcher bekanntlich der in Nürnberg stattfindenden Berathung zu Grund gelegt wurde, schließt sich in dieser Materie ziemlich eng an das französische Handelsgesetzbuch an. Wie dieses in Art. 19 drei Arten der Handelsgesellschaften aufführt, nämlich:

la société en nom collectif
„ „ en commandite
„ „ anonyme

so auch der Entwurf in Art. 86, wo es heißt: „Die Handelsgesellschaften sind

die offene Handelsgesellschaft
die stille „ „
die Aktiengesellschaft.

Das Kapital der stillen Gesellschaft kann nach Art. 156 ebenfalls in Aktien zerlegt werden, wodurch wir zweierlei Aktiengesellschaften erhalten, die eigentliche Aktiengesellschaft und die stille Gesellschaft auf Aktien. Diese beiden Aktiengesellschaften haben offenbar große Verwandtschaft unter einander und sollten darum zusammen abgehandelt werden, wobei dann nur die Abweichungen der einen von der andern anzugeben wären. Der

Entwurf ist aber durch seine Eintheilung gezwungen, eine jede dieser beiden Aktiengesellschaften für sich abzuhandeln und dadurch sich unnöthiger Weise zu wiederholen. Schon hieraus erkennt man die Unzweckmäßigkeit der Eintheilung. Außerdem ist übersehen, daß nicht jede société anonyme eine Aktiengesellschaft ist. Es können zwei oder mehrere Personen eine anonyme Gesellschaft gründen, ohne Aktien auszugeben. Dieser Fall mag vielleicht seltener vorkommen, aber es ist kein Grund vorhanden, ihn auszuschließen. Nach dem Entwurf Art. 178 würde eine solche Gesellschaft allerdings unter den Begriff einer Aktiengesellschaft fallen, wiewohl dieser Name nicht auf dieselbe paßt. Sie wäre vielmehr als stille Gesellschaft zu bezeichnen, weil bei derselben nur stille Gesellschafter betheiligt sind. Was der Entwurf in Art. 144 stille Gesellschaft (société en commandite, nach der badischen Uebersetzung: vertraute Gesellschaft) nennt, ist nichts anderes als eine Mischung der offenen und stillen Gesellschaft. Die ganze Eintheilung ist darum fehlerhaft. Geht man nämlich mit dem Entwurf und dem französischen Handelsgesetzbuch bei der Eintheilung der Gesellschaften von dem Grundgedanken der Haftung der Mitglieder der Gesellschaft aus, so giebt es nur zwei Fälle: sie haften entweder unbedingt für alle Schulden der Gesellschaft, oder nur soweit ihre Einlagen reichen.

Die eine Gesellschaft ist die offene, die andere die stille Gesellschaft, (société en nom collectif und s. anonyme). Die dritte Gesellschaft (s. en commandite) ist eine Mischung beider, indem ein oder mehrere Gesellschafter unbedingt für alle Schulden der Gesellschaft, andere nur soweit ihre Einlagen reichen, haften. Demnach würde logisch richtiger die Gesellschaft in die offene und in die stille eingetheilt, die dritte Gattung aber nicht neben diesen, sondern als Combination aus beiden, auf welche sonach die Regeln der einen und der andern anzuwenden sind, zu behandeln sein. Die Aktiengesellschaft wäre hiernach als eine eigenthümliche Art der stillen Gesellschaft zu behandeln, die Commanditgesellschaft auf Aktien bedürfte keiner besondern Behandlung, sie würde vielmehr wie die Commanditgesellschaft überhaupt als eine Combination der offenen und stillen Gesellschaft erscheinen, und es wären hierbei nur etwa die-

jenigen Abweichungen, welche im allgemeinen Interesse für nothwendig befunden werden, anzugeben.

## II.

Hierbei entsteht allerdings die in einer kleinen Schrift [1]) von Moritz Mohl angeregte Frage, ob neben der Aktiengesellschaft auch noch die Commanditgesellschaft auf Aktien zuzulassen sei? Es wird kaum eines Beweises bedürfen, daß die Commanditgesellschaft auf Aktien ein Mittel bietet, der für Aktiengesellschaften nothwendigen Staatserlaubniß und somit der Controlle des Staats sich zu entziehen; eben darum erscheint es als ein innerer Widerspruch, einerseits diese Staatserlaubniß als unumgängliches Erforderniß der Aktiengesellschaft in das Gesetzbuch aufzunehmen, und in dem nämlichen Gesetzbuch ein Mittel zu gewähren, dieses Erforderniß zu umgehen, oder gar, nachdem die Staatserlaubniß verweigert wurde, die Gesellschaft dennoch als Aktiengesellschaft zu constituiren, indem man nur irgend einen Strohmann als Inhaber des Geschäfts an die Spitze stellt. Man müßte daher entweder überhaupt von jeder Staatserlaubniß für Bildung von Aktiengesellschaften Umgang nehmen, wie dies z. B. in Hamburg der Fall ist, oder wofern man darauf nicht eingeht, auch Commanditgesellschaften auf Aktien anders nicht als mit Staatserlaubniß zulassen. Für den Wegfall der Staatserlaubniß spricht einerseits die Erfahrung einer der bedeutendsten Handelsstädte, andererseits, daß weder in Frankreich noch in Deutschland durch die Nothwendigkeit der Staatserlaubniß schwindelhafte Unternehmungen verhütet wurden. Eine Ausnahme wäre allerdings für Zettelbanken geboten, weil diese mittels Ausgabe von Papiergeld in das Münzregal, welches allenthalben als Hoheitsrecht angesehen wird, eingreifen.

## III.

Der Entwurf folgt auch in einer andern Beziehung dem französischen Handelsgesetzbuch, indem er nämlich für die Han-

1) Ein Beitrag zur Erörterung des deutschen Handelsgesetzbuchs. Stuttgart. 1857.

delsgesellschaften gewisse Förmlichkeiten vorschreibt, bei deren Nichtbeobachtung die Strafe der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags eintritt, vergl. Art. 93. 95. 146. 161. Es ist dies eine der unglückseligsten Bestimmungen des französischen Rechts; die Folgen derselben sind so erschreckend, daß die französische Jurisprudenz sich genöthigt gesehen hat, das Gesetz in seiner Anwendung dahin zu mildern, daß die Nichtigkeit eintretenden Falls nur für die Zukunft, nicht rücksichtlich der Vergangenheit ausgesprochen, und daher Alles aufrecht erhalten wird, was vor dem Antrag auf Nichtigkeit geschehen ist. Das Gesetz wird so interpretirt, als ob nicht sowohl die Nichtigkeit als vielmehr die Auflösbarkeit des Gesellschaftsvertrags bei Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten angedroht wäre. Aber selbst in dieser mildern Form hat die betreffende Bestimmung Veranlassung zu den schwierigsten Rechtsfragen gegeben, und ist den Gesellschaftsgläubigern, deren Schutz sie bezweckt, häufig geradezu schädlich geworden. So z. B. hat die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags die Folge, daß eine Gesellschaft als moralische (juristische) Person nicht existirt, folglich auch kein Gesellschaftsvermögen; die Aktiven der Gesellschaft gehören mithin den einzelnen Gesellschaftern, und zwar Jedem pro parte. Wenn nun aber das Vermögen der einzelnen Gesellschafter nicht zureicht, die Gläubiger zu befriedigen, so müssen die Gesellschaftsgläubiger, welche nach französischem Recht unbestrittener Maßen aus dem Gesellschaftsvermögen vorzugsweise Befriedigung zu erhalten haben, wegen Nichtigkeit der Gesellschaft bei den einzelnen Gesellschaftern Befriedigung suchen, und sich daher die Concurrenz der Gläubiger jedes einzelnen Gesellschafters gefallen lassen. So wird also die Wohlthat zur Plage, wie der Dichter sagt. Ein Blick in die Sammlungen der Urtheile der französischen Gerichtshöfe belehrt uns über die große Zahl höchst verwickelter Processe, zu denen die fragliche Bestimmung Veranlassung gegeben hat, weshalb wir durch diese Erfahrung belehrt, uns hüten sollten, den gleichen Fehler zu begehen. Wenn man die Sache bei Licht besieht, bedarf es auch solcher Strafbestimmungen gar nicht. Denn die Gesellschafter haben in der Regel kein Interesse, die Eingehung oder Auflösung der Gesellschaft zu verheimlichen, vielmehr geht

gewöhnlich aus den ausgegebenen Cirkularien hervor, daß sie bemüht sind, ihrem Vorhaben die größte Oeffentlichkeit zu geben. Wenn sie trotz dessen die vorgeschriebenen Förmlichkeiten versäumen, so geschieht dies meist aus Unkenntniß des Gesetzes. Es scheint daher viel geeigneter, irgend eine Lokalbehörde, wie z. B. die Handelskammern zu beauftragen, über den Vollzug des Gesetzes zu wachen, nöthigenfalls mittels Geldstrafen einzuschreiten, als eine Nichtigkeit anzudrohen, deren weitgreifende Folgen sich kaum übersehen lassen.

## IV.

Der Entwurf hat einen andern Tadel erfahren, weil er von dem Princip der Persönlichkeit der Handelsgesellschaften ausgeht [2]). Man macht ihm zum Vorwurf, daß er sich hierin durch die Ansichten der französischen Jurisprudenz habe bestimmen lassen, während in Deutschland Theorie und Praxis gleichmäßig jenes Prinzip verwerfen.

Soweit meine Kenntniß der Praxis reicht, kann ich jedoch dem nicht beistimmen. Goldschmidt selbst führt S. 68 an, daß die Hamburger Falliten-Ordnung v. 21. August 1753 die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter von dem Vermögen der Gesellschaft ausschließe, wogegen sie ein Vorzugsrecht an dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter haben. Es wurde somit in einem von der bedeutendsten Handelsstadt Deutschlands lange vor der Emanation des französischen Handelsgesetzbuchs erlassenen Gesetz eine der wichtigsten Folgerungen aus dem Princip der Persönlichkeit der Gesellschaften sanktionirt. Damit stimmt auch, wie Goldschmidt S. 71 anführt, die englische und amerikanische Praxis überein. Somit erkennen die ersten Handelsstaaten an, daß die Gesellschaftsgläubiger zunächst und mit Ausschluß der Gläubiger der einzelnen Gesellschafter aus dem Vermögen der Gesellschaft zu befriedigen sind; die Preußische Conkursordnung v. 8. Mai 1855 hat daher, indem sie denselben

---

2) Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preuß. Staaten von Dr. Goldschmidt. Heidelberg. 1857.

Grundsatz sanktionirte, nicht sowohl dem Einfluß der französischen Theorie nachgegeben, wie Goldschmidt S. 68 ihr vorwirft, sondern sie ist hierin dem Vorgang der größten handeltreibenden Völker gefolgt. Außerdem lag dieser Grundsatz schon in der ältern Preußischen Gesetzgebung indicirt. Gelpke macht in seinem bekannten Aufsatz: die Handelsgesellschaft als juristische Person [3]) S. 53 darauf aufmerksam, daß nach der Preußischen Proceßordnung für Forderungen an einzelne Gesellschafter weder ein Arrest noch eine Exekution auf das Gesellschaftsvermögen statt finde; vielmehr können sie, wenn das Vermögen ihres Schuldners zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, wohl dessen Vergantung und somit die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses bezüglich seiner beantragen, die Folge hiervon ist aber nur die, daß dem ausgeschiedenen Gesellschafter beziehungsweise seiner Gantmasse das Guthaben desselben, welches sich aus einer Liquidirung des Gesellschaftsvermögens, d. h. nach Zahlung der Gesellschaftsschulden herausstellt, ausgefolgt wird. Dagegen können die Gläubiger des Gesellschafters weder eine Naturaltheilung noch einen Verkauf der Aktiven der Gesellschaft an den Meistbietenden verlangen. Diese Bestimmungen des Preußischen Landrechts und der allg. Gerichtsordnung für Preußen enthalten, wie Gelpke mit Recht hervorhebt, bereits eine Anwendung des Princips der Persönlichkeit der Handelsgesellschaften, welches außerdem von Suarez, einem Mitarbeiter an dem Preußischen Landrecht in seinen Bemerkungen zu §. 198 des Entwurfs ausdrücklich geltend gemacht wird.

Nicht minder hebt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die deutschen Länder der östreichischen Monarchie in den §§. 1202 und 1203 hervor, daß „Rechte und Verbindlichkeiten, „welche ein Dritter gegen die Gesellschaft hat, von den Rechten „und Verbindlichkeiten gegen einzelne Gesellschafter unterschieden „werden müssen" woraus sodann gefolgert wird, daß, „was Je„mand an ein einzelnes Mitglied und nicht an die Gesellschaft „zu fordern und zu zahlen hat, er auch nur an dieses und nicht „an die Gesellschaft fordern und zahlen kann." Unter Bezug-

3) In dem 2. Heft der Zeitschrift für Handelsrecht. Berlin.

nahme auf diese Bestimmung wird in §. 88 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für Oesterreich verfügt: „Das Vermögen je„der Handelsgesellschaft macht ein abgesondertes Ganzes „aus, welches den Gläubigern dieser Gesellschaft vorzugsweise „verhaftet ist.“ Es ist hier nicht allein die Persönlichkeit der Handelsgesellschaften ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch, wie ich glaube, durch Bezugnahme auf §. 1202 des österr. Civilgesetzbuchs angedeutet, daß dieses Princip seine Begründung in dem längst bestehenden Gesetzbuch findet. Die französischen Gesetzbücher enthalten durchaus keinen so entschiedenen Ausspruch; vielmehr hat sich jenes Princip nach und nach in der Praxis festgestellt, woraus wohl zur Genüge hervorgeht, daß dasselbe nicht auf irgend einer Willkühr beruht, sondern, daß es durch die übereinstimmende Ansicht der Rechtsgelehrten und Kaufleute (mit diesen sind bekanntlich die Handelsgerichte besetzt) sich nach und nach Bahn gebrochen und schließlich allgemeine Anerkennung gefunden hat. In den deutschen Ländern des französischen Rechts besteht ebensowenig ein gesetzlicher Ausspruch; wenn die Praxis gleichwohl jenes Princip angenommen hat, so wird man doch wohl den zum Theil mit ausgezeichneten Rechtsgelehrten besetzten Gerichten und den mit den erfahrensten Kaufleuten besetzten Handelsgerichten nicht den Vorwurf purer Nachbeterei machen wollen! Vielmehr wird man anzunehmen berechtigt sein, daß sie die eigene Ueberzeugung von der Wahrheit jenes Princips zu dessen Annahme veranlaßt hat.

Nach dem Zeugniß von Gelpke in dem angeführten Aufsatz S. 76 hat auch das Obertribunal in Berlin das Princip der juristischen Persönlichkeit einer Handelsgesellschaft in verschiedenen auf Kollektivgesellschaften sich beziehenden Rechtsfällen so weit zur Anerkennung erhoben, als das positive Recht dies nur irgend gestattet. Thatsächlich tritt die Persönlichkeit der Handelsgesellschaften hervor

1) durch ihren Handelsnamen (Firma), unter welchem alle sie betreffenden Handelsgeschäfte geschlossen werden;

2) durch die kaufmännische Buchführung, indem jede Handelsgesellschaft ihre eigenen Handelsbücher führt, welche ihr Ver-

hältniß sowohl zu dritten Personen wie auch zu ihren eigenen Mitgliedern darstellen;

3) dadurch, daß sie nach ziemlich allgemeiner Praxis unter ihrem Handelsnamen sowohl klagend bei Gericht auftreten, wie auch belangt werden können, mithin nach dem technischen Ausdruck personae standi in judicio sind. Manche Gesetzgebungen enthalten ausdrückliche Bestimmungen über den Gerichtstand derselben;

4) dadurch, daß sie Liegenschaften und liegenschaftliche Rechte erwerben und diesen Erwerb auf ihren Namen in die öffentlichen Bücher (Grund- und Lager-, Hypothekenbücher) eintragen lassen können;

5) dadurch, daß im Fall einer Ueberschuldung das Gantverfahren gegen sie eröffnet wird; endlich

6) unterliegt es wohl nirgendwo einem Anstand, daß ein Gesellschafter in jede Art von Verkehr mit der Gesellschaft, deren Mitglied er ist, treten kann, ohne daß die gesetzlichen Regeln über Compensation oder Confusion auf das gegenseitige Verhältniß angewendet werden. Wird die Gesellschaft nicht als Persönlichkeit angesehen, so erscheint jeder Vertrag, den ein Gesellschafter mit der Gesellschaft abschließt, für den Antheil des contrahirenden Gesellschafters als ein mit sich selbst geschlossener Vertrag.

Es sei mir zum Schluß gestattet, den Versuch einer theoretischen Begründung des hier vertheidigten Princips zu machen: Wenn mehrere Personen zu einer Handelsgesellschaft zusammentreten und Einlagen in dieselbe machen, so entäußern sie sich des Hingegebenen, indem sie einwilligen, über die Einlage nicht mehr wie früher, sondern nur in der durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Weise verfügen zu können. Wenn auch kein Vertrag errichtet wurde, oder dieser keine specielle Bestimmung enthält, so versteht es sich von selbst, daß die gemachten Einlagen künftig nur zu den Zwecken der Gesellschaft, nicht aber zum persönlichen Gebrauch der Gesellschafter dienen sollen. Diese Entäußerung ist gesetzlich erlaubt und kann von den Gläubigern des einzelnen Gesellschafters nur dann angefochten werden, wenn sie in fraudem creditorum geschehen ist. So

lange die Gesellschaft besteht, bleibt die Einlage und deren Vermehrung, insoweit nicht etwa gesetzlich oder vertragsmäßig den einzelnen Gesellschaftern gestattet ist, den Gewinn ganz oder zum Theil an sich zu ziehen und für sich zu verwenden, den gesellschaftlichen Zwecken gewidmet. Erst bei Auflösung der Gesellschaft, beziehungsweise bei dem Austritt des einzelnen Gesellschafters hört diese Beschränkung auf; der Austretende erhält die Einlage, vermehrt oder vermindert, je nach dem Ergebniß der zu pflegenden Abrechnung zu unbeschränkt freiem Gebrauch zurück. Dieses gilt von allen Handelsgesellschaften, von den offenen, von den stillen und von den aus beiden gemischten Gesellschaften. In allen hat die Dispositionsbefugniß jedes einzelnen Gesellschafters bezüglich dessen, was er in die Gesellschaft eingelegt hat, aufgehört; der Gesellschaftsvertrag kann freilich einzelnen oder allen Gesellschaftern eine größere oder geringere Dispositionsbefugniß einräumen. Diese ist aber ganz verschieden von derjenigen, welche er vorher gehabt hat. Seine frühere Dispositionsbefugniß beruhte auf seinem Recht als Eigenthümer, jetzt beruht sie auf einem entweder ausdrücklich ertheilten oder gesetzlich präsumirten Mandat. Er übt sonach kein eigenes, sondern wie jeder Mandatar ein fremdes Recht und ist wegen Ausübung desselben zur Rechenschaft verbunden. Es ergiebt sich hieraus, daß kein einzelner Gesellschafter Eigenthümer der Einlagen und der Vermehrung ist. Wer ist aber Eigenthümer derselben? Die Gesammtheit der Gesellschafter, als Rechtssubjekt gedacht. Die Natur des Verhältnisses zwingt uns zu dieser Fiktion, weil wir sonst kein Rechtssubjekt haben. Man kann auch aus dem weitern Grund keinen einzelnen Gesellschafter als Eigenthümer der gesammten Einlage oder einer pars quota derselben betrachten, weil kein Gesellschafter, soweit auch seine Dispositionsbefugniß gehen mag, die Einlagen oder deren Vermehrung zu persönlichen Zwecken verwenden darf. Die Verwendung muß immer zu den Zwecken der Gesellschaft geschehen, jede andere Verwendung enthält eine Verletzung des ertheilten oder präsumirten Mandats, steht somit einer unrechten Handlung gleich und verpflichtet zur Schadloshaltung. Darin liegt aber auch der Beweis, daß die persönlichen

Gläubiger eines Gesellschafters nicht auf die Einlagen und deren Vermehrung greifen können. Denn sie können an diesen nicht mehr Rechte haben als ihr Schuldner, abgesehen von dem Fall, wo sie das Einlegen selbst als in fraudem creditorum geschehen anfechten können. Darf nun kein Gesellschafter die Einlage oder deren Vermehrung zur Zahlung seiner persönlichen Schulden verwenden, so können auch seine Gläubiger ein solches Recht nicht für sich in Anspruch nehmen. Dagegen liegt die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gewiß innerhalb des Mandats der geschäftsführenden Gesellschafter. Wird die Gesellschaft aufgelöst, oder tritt ein Gesellschafter aus, so hat der einzelne Gesellschafter nur ein Recht auf Herausgabe dessen, was nach dem Ergebniß der Abrechnung ihm zufällt; mithin können auch seine Gläubiger mehr nicht ansprechen. Die Abrechnung selbst kann aber nur in der Weise gepflogen werden, daß dasjenige, was nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger übrig bleibt, unter den Gesellschaftern getheilt wird. Das s. g. Vorrecht der Gesellschaftsgläubiger ist daher keine willkührliche Annahme, sondern in der Natur des Verhältnisses begründet; es bedarf zu seiner Begründung nicht einmal des Princips der Persönlichkeit der Gesellschaften, sondern nur der Sätze, daß kein Gesellschafter über die Einlagen und deren Vermehrung zu persönlichen Zwecken verfügen darf, und daß die Gläubiger eines Gesellschafters nicht mehr Rechte haben als er selbst. Damit fällt auch jeder Grund zur Fortsetzung des Streits über die Persönlichkeit der Gesellschaften weg; denn sobald das Vorrecht der Gesellschaftsgläubiger anderweitig begründet werden kann, so werden auch die Gegner zugeben, daß die Annahme des Princips nur Vortheile bietet.

---

# Rechtsquellen.

## I.

### Preußische Verordnung,

**betreffend die Suspension der Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes.**

Wir Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden, König von Preußen ꝛc. verordnen unter Vorbehalt der Genehmigung beider Häuser des Landtages unserer Monarchie, auf den Antrag unseres Staatsministeriums, was folgt:

§. 1.

Für die Dauer von 3 Monaten vom Tage dieser Verordnung ab treten die bestehenden Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes außer Kraft. Die höheren als die bisherigen zulässigen Zinsen können für einen längeren als zwölfmonatlichen Zeitraum nicht bedungen werden.

§. 2.

Die Bestimmung des Gesetzes vom 2. März d. J. über das unerlaubte Creditgeben an Minderjährige (G. S. S. 111), sowie die in den Pfandleihreglements enthaltenen Beschränkungen werden durch diese Verordnung nicht abgeändert.

Gegeben Berlin den 27. November 1857.

---

## II.

**Lübeckische Verordnung, die einstweilige Aufhebung des Artikels 29 der allgemeinen Deutschen Wechselordnung betreffend *).**

(Publicirt am 5. December 1857.)

Es hat der Senat, im Einvernehmen mit der Bürgerschaft, beschlossen, und verordnet hiedurch:

---

*) In der Sitzung der Bürgerschaft vom 4. December beantragte der Senat:

Der Artikel 29 der in Folge des Gesetzes vom 28. April 1849 hieselbst in Kraft getretenen allgemeinen Deutschen Wechselordnung vom 26. November 1848 wird im Lübeckischen Freistaate hiemit bis auf Weiteres außer Wirksamkeit gesetzt.

Gegeben Lübeck, in der Versammlung des Senates, am 4. December 1857.

---

## III.

### Verordnung, die Wiederherstellung der Wirksamkeit des Artikels 29 der allgemeinen Deutschen Wechselordnung betreffend.

(Publicirt am 12. Februar 1858.)

Da die Umstände, welche Veranlassung gegeben haben, durch die Verordnung vom 4. December 1857, den Art. 29 der allgemeinen Deutschen Wechselordnung im Lübeckischen Freistaate bis auf Weiteres außer Wirksamkeit zu setzen, wegfällig geworden sind, hat der Senat, im Einvernehmen mit der Bürgerschaft, beschlossen und verordnet hiedurch:

Der Artikel 29 der allgemeinen Deutschen Wechselordnung, vom 26. November 1848, tritt mit dem 1. März dieses Jahres im Lübeckischen Freistaate wieder in Wirksamkeit.

Gegeben Lübeck, in der Versammlung des Senates, am 10. Februar 1858.

---

„Nachdem in Veranlassung der täglich an Ausdehnung gewinnenden Zerrüttung der finanziellen Verhältnisse der Hamburger Börse und der von ihrer Rückwirkung auf den hiesigen Platz zu besorgenden verderblichen Folgen für den Handelsstand, wie für das Gemeinwesen im Allgemeinen, der Bürgerausschuß am 2. d. Mts. bei dem Senate die Erlassung abhelfender Maaßregeln, insbesondere eine nähere Prüfung der Frage beantragt hat **), ob nicht schon jetzt der 29. Artikel der Deutschen Wechselordnung unverzüglich bis auf Weiteres im Lübeckischen Staate zu suspendiren sei, und nach darüber eingezogenem Gutachten der Handelskammer verstellt der Senat, unter Bezugnahme auf die vorliegenden zu schleunigen Maaßregeln dringend aufforderndem Umstände zur Mitgenehmigung der Bürgerschaft:

Daß der Artikel 29 der allgemeinen deutschen Wechselordnung im Lübeckischen Freistaate außer Wirksamkeit gesetzt werde."

Die Bürgerschaft erklärte sich zustimmig und darauf ward das vorstehende Gesetz publicirt.

**) Ein gleicher Antrag der Hamburger Oberalten ist durch Bescheid des Hamburgischen Senats vom 1. December 1857, und ein ähnlicher Vorschlag der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft durch Verfügung des Preußischen Handelsministers vom 14. December 1857 zurückgewiesen worden. (Nationalzeitung 1857 Nr. 566. 585. 587).

## IV.

## Hamburgische Verordnung wegen zeitweiliger Einführung eines Administrationsverfahrens im Falle von Zahlungssuspensionen *).

(Publicirt am 2. Dezember 1857.)

§. 1. Wenn ein Schuldner, welcher sich augenblicklich nicht im Stande befindet, seine mercantilischen Verbindlichkeiten zu erfüllen, dennoch sein Vermögen für hinreichend hält, um je nach den Umständen seine Gläubiger daraus schließlich zum Vollen befriedigen zu können, so ist ihm innerhalb der drei ersten Werktage nach dem Tage der Zahlungseinstellung gestattet, unter Einreichung seiner Designatio Creditorum und unter dem Erbieten zur Abstattung des dieser Verordnung angehängten Eides, beim Handelsgericht auf Convocation seiner Gläubiger, behufs herbeizuführender Administration oder Mitadministration seines Vermögens, anzutragen. Für diejenigen, welche bei Publication dieser Verordnung bereits ihre Zahlungen eingestellt haben, läuft die dreitägige Frist vom Tage der Publication dieser Verordnung.

§. 2. Das Handelsgericht wird sodann den Eid durch einen Commissarius abnehmen, und die Gläubiger-Versammlung convociren lassen, damit sie über die Frage, ob entweder Administration oder Mitadministration eintreten solle, beschließe, und die Wahl der Administratoren oder Mitadministratoren vornehme. Für das Verfahren bei dieser Versammlung gelten die im Art. 4 der Neuen Falliten-Ordnung enthaltenen Vorschriften.

§. 3. Die erwählten Administratoren oder Mitadministratoren haben, sobald sie sich zur Uebernahme des Amtes bereit erklärt haben, und vom Handelsgericht bestätigt und auf getreue Erfüllung der ihnen nach gegenwärtiger Verordnung obliegenden Pflichten behufig vereidigt worden sind, sofort und ungesäumt eine genaue Erforschung des Zustandes der Masse sich angelegen sein zu lassen, und über deren Ergebniß längstens in vier Wochen einen ausführlichen Bericht an die Gläubiger abzustatten.

§. 4. Sobald sie bei der Untersuchung des Status die gewisse Ueberzeugung gewonnen haben, daß die Masse nicht zureiche,

---

*) Ein Antrag der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft auf Einführung eines ähnlichen Verfahrens für Berlin ist durch ausführlich motivirten Bescheid des Preußischen Handelsministers vom 14. Dezember 1857 zurückgewiesen worden. (Nationalzeitung 1857 Nr. 585. 587).

um sämmtliche Creditoren zum Vollen befriedigen zu können, so haben sie ohne alle Zögerung — und also auch wenn solches im Laufe der ersten 4 Wochen der Fall sein sollte, sofort, und ohne den Ablauf der vierwöchentlichen Frist abzuwarten, — den Gläubigern davon Anzeige zu machen.

§. 5. Die Gläubiger haben nach ihnen vorgedachtermaßen von den Administratoren oder Mitadministratoren abgestattetem Berichte oder gemachter Anzeige, per majora, nach Inhalt des Art. 4 der Neuen Falliten-Ordnung darüber zu beschließen, ob die Masse fernerweitig im Wege der Administration oder Mitadministration liquidirt und beendigt werden solle, oder ob ein förmliches Fallit-Verfahren einzuleiten und zur Wahl von Curateribus bonorum zu schreiten sei.

§. 6. In Bezug auf die Verwaltung der Masse haben die Administratoren oder Mitadministratoren sämmliche in der Neuen Falliten-Ordnung für die Curatores bonorum gegebenen Vorschriften zu befolgen mit der Ausnahme jedoch, daß sie

1) rücksichtlich der Constituirung der Masse von den Vorschriften der Art. 9 und 11 der Neuen Falliten-Ordnung über die Inventur und Sicherstellung der Activa insoweit abweichen dürfen, als es, ihrer gewissenhaften Ueberzeugung nach, ohne Gefahr für das Interesse der Gläubigerschaft geschehen kann, und

2) nicht an die Vorschrift der Neuen Falliten-Ordnung rücksichtlich des öffentlichen Verkaufes der beweglichen Güter gebunden sind, wenn sie es für zweckmäßig halten, einen Privatverkauf vorzuziehen.

§. 7. Ueberhaupt gelten alle Bestimmungen, welche die bestehenden Gesetze in Betreff der Fallitmassen und der bei denselben in Betracht kommenden privatrechtlichen Verhältnisse enthalten, soweit sie nicht in der gegenwärtigen Verordnung ausdrücklich aufgehoben sind, auch für die in Gemäßheit dieser Verordnung herbeigeführten Administrationsmassen, und hat namentlich der nach Maßgabe des §. 1 derselben beim Handelsgericht eingereichte Antrag sowohl rücksichtlich der Dispositionsfähigkeit des Schuldners, als rücksichtlich des Aufhörens von Executionen, Arresten und sonstigen Sonderdeckungen, völlig dieselbe Wirkung wie eine Gerichtliche Insolvenz erklärung.

§. 8. Dagegen aber sollen die Rechtsfragen, welche ein Fallissement für die Person des Falliten und dessen bürgerliche Ehre nach sich zieht, durch eine in Gemäßheit dieser Verordnung eingesetzte Administration oder Mitadministration in keiner Weise herbeigeführt werden; es soll vielmehr der Schuldner, so lange die Administration oder Mitadministration dauert, bei aller bürgerlichen Ehre verbleiben, vorbehältlich jedoch, daß er sich einstweilen, und bis zu völliger Entfreiung seiner Schulden, der Ausübung

öffentlicher Aemter und Officien zu enthalten hat, und einer etwa erforderlich erachteten, zu seiner Ersetzung vorzunehmenden, Neuwahl nicht widersprechen kann.

§. 9. Wenn die Masse auf dem Wege der Administration oder Mitadministration liquidirt und beendigt wird, findet keine Classification noch Börsenanschlag wegen der Entschlagung statt; hingegen verbleibt den Creditoren für den Fall, daß die Liquidation keine 80, 60 und 40 pCt. auf ihre Capitalforderungen sammt Zinsen ergeben sollte, das Nachmahnungsrecht bis zu solchem Betrage, nach Maßgabe dessen, was die Neue Falliten-Ordnung und die Additionalartikel vom 24. April 1772 in dieser Hinsicht für leichtsinnige Falliten vorschreiben.

§. 10. Wenn der Schuldner dem von ihm geleisteten Eide zuwider gehandelt hat, oder wenn eine sonstige ihm zur Last fallende unrechtfertige Handlungsweise gegen seine Gläubiger, oder einzelne derselben, sich während der Administration herausstellt, ist er sofort aller Wohlthaten der gegenwärtigen Verordnung verlustig zu erklären und das Administrationsverfahren, auch ohne, und selbst wider, den Beschluß der Creditoren, ex officio, in ein förmliches Fallitverfahren zu verwandeln und als solches zu beendigen.

§. 11. Die den Administratoren oder Mitadministratoren für ihre Bemühung auszusetzende Remuneration wird vom Handelsgerichte nach Ermessen der Umstände bestimmt.

§. 12. Nach dem 31. März 1858 werden keine, nach Maßgabe des §. 1 dieser Verordnung an das Handelsgericht zu stellende Anträge ferner mehr zugelassen.

Eid. Ich N. N. schwöre zu Gott, dem Allmächtigen, daß ich bei meinem gegenwärtigen Creditwesen, oder einem nicht zu verhoffenden ferneren Fallissemente, den von meinen Gläubigern erwählten Deputirten, oder den künftigen Curatoribus bonorum, und dem etwa von ihnen anzunehmenden Buchhalter, von meinem ganzen Vermögen, liegender und fahrender Habe, hier oder anderwärts befindlichen Gütern, Effecten, Waaren, Pretiosen, Geldern und Schulden, getreulich Nachricht geben, davon nichts, es sei hier oder anderswo befindlich, verschweigen oder verhehlen, meine Bücher, Correspondenzen, Handlungspapiere und Documente, ihnen unweigerlich einhändigen, und von Allem, was sie zu wissen begehren, aufrichtige Nachricht ertheilen, auch ihnen sonst nach Möglichkeit an die Hand gehen, und übrigens mich allemal, wenn ich gefordert werde, sistiren, und bis zur gänzlichen, entweder gütlichen oder gerichtlichen, Endschaft meiner Sache, mich, ohne Einwilligung meiner Gläubiger, aus dieser Stadt und deren Jurisdiction nicht begeben wolle.

---

V.

# Lübeckische Verordnung,

## die einstweilige Einführung eines Inspectionsverfahrens bei Zahlungs-Einstellungen betreffend.

(Publicirt am 15. Dezember 1857.)

Es hat der Senat im Einvernehmen mit der Bürgerschaft beschlossen, und verordnet hiedurch:

Art. 1.

Schuldner, welche sich augenblicklich nicht im Stande befinden, ihre merkantilischen Verbindlichkeiten zu erfüllen, jedoch ihr Vermögen zur vollen Befriedigung ihrer Gläubiger für ausreichend erachten, können innerhalb der drei ersten Werktage nach dem Tage der Zahlungseinstellung, unter Einreichung ihrer Bilance und eines möglichst genauen Gläubigerverzeichnisses, sowie unter dem Erbieten zur Ableistung des in der Anlage zu dieser Verordnung festgestellten Eides, bei dem Senate auf Zusammenberufung ihrer Gläubiger zum Zweck der vorläufigen Beiordnung von Inspectoren antragen.

Für diejenigen, welche zur Zeit der Publication dieser Verordnung ihre Zahlungen bereits eingestellt haben, läuft die ebenerwähnte dreitägige Frist vom Tage solcher Publication.

Art. 2.

Zwei vom Senate ernannte Commissarien nehmen demnächst dem Bittsteller den von ihm anerbotenen Eid ab und berufen die Gläubigerversammlung zur Wahl der Inspectoren nach einfacher Stimmen-Mehrheit der erschienenen Hypothek- und Buchgläubiger.

Art. 3.

Die erwählten Inspectoren haben, nach erfolgter Annahme der Wahl und nachdem sie von den Commissarien auf die getreue Erfüllung der nach gegenwärtiger Verordnung ihnen obliegenden Pflichten durch Handgelöbniß verpflichtet sein werden, den Zustand der Masse ungesäumt und mit möglichster Genauigkeit zu erforschen und über das Ergebniß ihrer Bemühungen binnen vier Wochen in einer durch die Senatscommissarien einzuberufenden zweiten Gläubigerversammlung ausführlichen Bericht zu erstatten.

Gewinnen die Inspectoren bei Untersuchung des Massenbestandes schon vor Ablauf dieser Frist die Ueberzeugung, daß die

10 *

Masse nicht zureiche, um sämmtliche Gläubiger zum Vollen zu befriedigen, so haben sie davon unverzüglich die Commissarien in Kenntniß zu setzen und, ohne Rücksicht auf die noch laufende Frist, die sofortige Einberufung der zweiten Gläubigerversammlung bei denselben zu beantragen.

Art. 4.

In der zweiten Versammlung haben, nach Anhörung des Berichts der Inspectoren, die Gläubiger darüber zu beschließen, ob die Inspection auch ferner noch und eventuell bis zu welcher Zeit dieselbe beibehalten, oder ob eine außergerichtliche Administration oder eine gerichtliche Behandlung der Masse eintreten solle.

Die Entscheidung hierüber erfolgt zwar auch nach einfacher Stimmenmehrheit der erschienenen Hypothek- und Buchgläubiger; es soll jedoch dabei der Betrag der den einzelnen Gläubigern zuständigen Capitalforderungen in der Maaße Berücksichtigung finden, daß jeder Inhaber solcher Forderungen zum Gesammtbetrage von weniger als 500 Mk. nur eine, von 500 Mk. bis 2000 Mk. zwei, von 2000 Mk. bis 5000 Mk. drei, von 5000 Mk. und darüber vier Stimmen abzugeben hat, und im Zweifelsfalle die Angabe des Gläubigers über den Betrag seiner Forderungen entscheidend ist.

Art. 5.

Der etwa beschlossenen Beibehaltung der Inspection ungeachtet bleibt es den Inspectoren unbenommen, zu jeder Zeit auf Einberufung einer neuen Gläubigerversammlung, zum Zweck erneuerter Beschlußnahme über die Fortdauer der Inspection, bei den Senatscommissarien anzutragen.

Art. 6.

Falls eine außergerichtliche Administration beliebt wird, haben die Senatscommissarien, deren Commissorium auch auf diesen eventuellen Fall sich erstrecken wird, ohne Weiteres die für die Behandlung außergerichtlicher Debitmassen geltenden Grundsätze zur Anwendung bringen zu lassen.

Wird die gerichtliche Behandlung der Masse beschlossen, so ist davon unverzüglich dem beikommenden Gerichte zur Wahrnehmung des Weiteren Kenntniß zu geben.

Art. 7.

Durch die Anordnung der Inspection wird dem Schuldner die Disposition und Verwaltung seines Vermögens nicht entzogen; zwar ist er in beiden Rücksichten an die Zustimmung der Inspectoren gebunden, jedoch sind alle von ihm vorgenommenen Hand-

lungen für die Masse rechtsverbindlich, unbeschadet der Bestimmung am Schlusse des Art. 8.

Für die Sicherstellung der Activmasse haben die Inspectoren im Allgemeinen in derselben Weise zu sorgen, wie dies bei außergerichtlichen Debitmassen den Administratoren obliegt; ein Proclama dagegen haben sie vor Erstattung ihres ersten Berichtes niemals zu extrahiren, und die Inventur der Masse dürfen sie nach Umständen bis zu demselben Zeitpunkte unterlassen. Falls auf den ebengedachten Bericht eine Fortdauer der Inspection beliebt wird, ist zugleich über das Proclama und die Inventur von den Gläubigern nach Maaßgabe der hinsichtlich des Stimmenverhältnisses im Art. 4 gegebenen Vorschrift Beschluß zu fassen.

### Art. 8.

Die Bestimmungen der bestehenden Gesetzgebung in Betreff der bei Debitmassen in Betracht kommenden privatrechtlichen Verhältnisse finden auch auf die unter Inspection gestellten Massen in so weit Anwendung, als ihnen nicht die Vorschriften dieser Verordnung entgegenstehen. Insbesondere hat die Einreichung des im Art. 1. gedachten Antrages in Bezug auf die Sistirung von Executionen, Arresten und Sonderdeckungen ganz dieselbe Wirkung, wie eine gerichtliche Insolvenzerklärung.

### Art. 9.

Dagegen hat die Einreichung eines solchen Antrages diejenigen Rechtsfolgen nicht, welche eine gerichtliche oder außergerichtliche Insolvenzerklärung für die Person eines Falliten und dessen bürgerliche Stellung herbeiführt; es behält vielmehr der Schuldner während der Dauer der Inspection seine vollen bürgerlichen Ehrenrechte und bleibt zu deren Ausübung befähigt, so lange nicht seine Insolvenz sich herausgestellt hat.

### Art. 10.

Handelt der Schuldner dem von ihm geleisteten Eide zuwider oder stellt es während der Dauer der Inspection sich heraus, daß er schon vor deren Eintritt in irgend einer Weise gegen seine Gläubiger insgesammt oder Einzelne derselben unrechtlich gehandelt habe, so ist er sofort aller Vortheile, welche die gegenwärtige Verordnung ihm gewährt, für verlustig zu erklären und seine Masse der gerichtlichen Behandlung zu überweisen.

### Art. 11.

Die Inspection hört auf, und es tritt der Schuldner in die freie Disposition über seine Güter wieder ein, sobald eine auf Antrag der Inspectoren berufene Gläubigerversammlung durch Stimmenmehrheit nach Maaßgabe des Art. 4 sich dafür entschieden hat.

Art. 12.

Sowohl von dem Eintritt eines Inspectionsverfahrens, als von dessen Beendigung, wird der Kaufmannschaft mittelst Börsenanschlages Kenntniß gegeben.

Art. 13.

Die den Inspectoren für ihre Bemühung zuzubilligende Vergütung wird in der zweiten Gläubigerversammlung nach den jedesmaligen Umständen festgestellt. Die Stimmenzählung erfolgt auch hierbei nach den Bestimmungen des Art. 4.

Art. 14.

Nach dem 31. März 1858 werden Anträge der im Art. 1 bezeichneten Art nicht mehr zugelassen.

Gegeben Lübeck, in der Versammlung des Senates, am 14. Decbr. 1857.

Anlage

Eid. Ich N. N. gelobe zu Gott, dem Allmächtigen, daß ich bei meinem gegenwärtigen Schuldenwesen den von meinen Gläubigern zu erwählenden Inspectoren, oder den etwa demnächst zur Regulirung desselben zu bestellenden Administratoren von meinem ganzen Vermögen, hiesigem sowohl als auswärtigem, möge es nun in liegenden Gütern oder fahrender Habe, in baarem Gelde, Aktien oder sonstigen Werthpapieren, Pretiosen, Waaren oder ausstehenden Forderungen bestehen, getreulich Nachricht geben, denselben nichts davon verschweigen, verhehlen oder gar entfremden, ihnen meine Bücher, Correspondenzen, Handlungspapiere und sonstigen Documente unweigerlich einhändigen und jede ihrerseits begehrte Auskunft aufrichtig ertheilen, sie bei ihren Bemühungen nach Kräften unterstützen, ohne ihre Zustimmung oder gegen ihre Anordnung keine Veräußerung von Gegenständen, welche zu meinem Vermögen gehören, vornehmen, und mich bis zur gänzlichen Regelung meines Schuldenwesens ohne Einwilligung der obgedachten Vertreter meiner Gläubiger nicht von hier entfernen wolle.

So wahr mir Gott helfe!

# Rechtssprüche *).

## I. Handelsusancen.

### 1.

### Beweis.

Nach den Statuten der Braunschweigischen Bank wird am Schlusse jedes Jahres die Rechnung abgeschlossen. Wenn die Geschäfte der Bank einen Gewinn von mehr als 4% ergeben, so wird von dem Ueberschusse ein Zehntel zur Bildung und Erhaltung des Reservefonds verwendet, ein Zehntel unter die Directoren vertheilt; der Rest fällt den Aktionären als Dividende zu. Auf die Aktien werden am 1. Juli jedes Jahres halbjährige Zinsen mit 4% pro anno als Abschlagszahlung auf die Dividende gezahlt.

Am 5. Januar 1856 kaufte W. von H. 1000 Rthlr. Braunschweigischer Bankaktien zu 130% incl. Dividende, und wurde stipulirt, daß Käufer für die 5 Tage vom 1.—5. Januar Zinsen zu vergüten haben.

Lieferung und Zahlung erfolgte.

Nachdem durch den Rechnungsabschluß der Bank die Dividende für das Jahr 1855 auf 7% festgestellt war, forderte Verkäufer klagend von dem Käufer auf die verkauften Aktien die Zinsen zu 2% vom 1. Juli — 31. December 1855 mit 20 Rthlr., in der Meinung, daß diese Zinsen bereits zur Zeit des Verkaufs fällig gewesen, auch die Aktien nur incl. der Dividende, nicht aber incl. Dividende und Zinsen verkauft seien, und daß sowohl nach der Natur der Sache, als nach der im Handelsverkehr als unzweifelhaft angenommenen und befolgten Auffassung diese Zinsen dem Verkäufer gebührten, wobei derselbe hervorhob, daß zur Zeit des fraglichen Kaufs diese Aktien excl. der Dividende für 127 Rthlr. verkauft worden seien, indem man schon damals die Dividende nach Absatz der Zinsen auf 3 Rthlr. muthmaaßlich angenommen habe.

*) Die hier nicht vertretenen Materien, insbesondere auch das Wechselrecht und Seerecht werden in den nächsten Heften berücksichtigt werden.
Der Herausgeber.

Nachdem der Beklagte den Anspruch für unbegründet erklärt, die behauptete Usance geläugnet und als unerheblich bezeichnet, und die über die Usance vernommenen Sachverständigen die Ansicht ausgesprochen hatten, daß man im Geschäftsleben den Anspruch des Klägers für begründet annehme, und sie selbst in vorkommenden Fällen solchem Anspruch zu genügen keinen Anstand nehmen würden, wurde durch Erkenntniß des Stadtgerichts Braunschweig vom 13. November 1856 der Beklagte auf Grund des erfolgten Gutachtens zur Zahlung der 20 Rthlr. verurtheilt.

Auf die von dem Beklagten erfolgte Berufung wurde durch Erkenntniß des Kreisgerichts Braunschweig vom 3. Februar 1857 das stadtgerichtliche Erkenntniß aufgehoben, und, weil der Beweis der behaupteten Usance nicht geführt worden, und der Käufer den erkauften Gegenstand cum omni causa erhalten müsse, die Klage zurückgewiesen.

Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Erkenntniß des Cassationshofs vom 27. April 1857 verworfen.

In den Gründen dieses Erkenntnisses wird in Betreff der Usance Folgendes ausgeführt:

An sich ist die Frage, ob die beigebrachten Materialien zur Darlegung einer Usance oder sonstigen gewohnheitlichen Regel genügen, lediglich Sache der richterlichen Reflexion, und deshalb die Entscheidung durch die Nichtigkeitsbeschwerde unanfechtbar, insofern dabei nicht aktenwidrige Voraussetzungen oder irrthümliche Rechtsansichten zu Grunde gelegt sein sollten. In der letzten Beziehung hebt der Querulant hervor, daß der Beweis einer Usance nicht allein durch die Bezeugung einzelner Uebungsakte, sondern auch durch generelle Bekundungen über die Existenz der Rechtsnormen erbracht werden könne. So richtig dieser Satz ist, so läßt sich doch dem Querulanten darin nicht beistimmen, daß die angefochtene Sentenz jene Rechtswahrheit verkannt oder gar verneint hätte. Derartige generelle Aussagen werden nämlich nur da am rechten Orte sein, und ohne weiteres Glauben verdienen, wo es sich um eine so häufige und constante Uebung handelt, daß die Erwähnung einzelner Fälle gar nicht erforderlich erscheint. Abgesehen hiervon sind solche Depositionen mit der größten Vorsicht zu behandeln, weil es bekannt genug ist, daß gar oft für Usance, also für objectives Recht ausgegeben wird, was im Grunde nur eine subjective Ansicht des Deponenten über Recht- und Zweckmäßigkeit ist. Wenn also in einem bestimmten Falle die generelle Ansicht eines oder mehrerer Zeugen für unerheblich erklärt wird, so läßt sich deshalb noch nicht behaupten, daß hierbei eine irrige Rechtsansicht über den Beweis des Gewohnheitsrechts obgewaltet habe. (Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1857 Nr. 9.)

2.

Wirksamkeit.

In den Gründen desselben oberstrichterlichen Erkenntnisses heißt es:

Existirt eine Usance, so kommt sie nicht, oder doch nicht ausschließlich als Interpretationsregel zweifelhafter Willenserklärungen in Betracht, sondern sie müßte als Rechtsregel angewendet werden, wenn nicht etwa im einzelnen Fall ausdrücklich das Gegentheil verabredet wäre.

## II. Fabrikzeichen.

3.

Rechte des Käufers fremder Fabrikzeichen.

Die Firma L. S. hat von dem berühmten Uhrmacher Brindle das Recht erkauft, die von ihm verfertigten Uhren mit dessen Namen stempeln zu lassen, und klagen gegen Berger, welcher Uhren, die Brindle selbst verfertigt und mit seinem Stempel versehen hat, verkauft.

Der Gerichtshof zu New-York (Judge Davies) wies den Kläger ab, nach der feststehenden Regel, daß nur der Verkauf von Waaren mit einem nachgeahmten fremden Handels- oder Fabrikzeichen, in der Absicht zu täuschen, widerrechtlich 'sei', dagegen der Kläger, welcher unechte Brindle'sche Uhren verkauft, gegen den Beklagten, welcher echte verkauft habe, keinen Schutz verlangen könne. (Hunt's Merchant's magazine [New-York] Vol. 36 v. 1857. S. 322. 323.)

## III. Handlungspersonal.

4.

Handlungsreisende. Wirksamkeit der durch das Verbot, mit bestimmten Personen Geschäfte zu schließen, beschränkten Procura gegen Dritte.

Der Großhändler P. in Hannover sandte einen Reisenden aus, um bei den Detaillisten auf dem Lande und in kleineren Städten über Waaren aus seinem Geschäfte Contracte abzuschließen. Er hatte hierüber gleichwohl keine öffentliche Bekanntmachung erlassen, noch den Reisenden mit einer schriftlichen allgemeinen Vollmacht versehen; mindestens hatte dieser hievon keinen Gebrauch gemacht, dieselbe nicht vorgezeigt, wenn er eine solche auch wirklich besessen haben sollte. Dagegen hatte P. den Reisenden mündlich

instruirt, mit gewissen ihm nahmhaft gemachten Personen keine Geschäfte abzuschließen, weil er dieselben nicht für annehmbare Kunden hielt. Zu den Letzteren gehörte auch ein Kaufmann B. in N. Der Reisende sah sich dennoch, auf Zureden dritter, bei seiner Anwesenheit in N., nachdem er daselbst für seinen Principal verschiedene anderweite Geschäfte abgeschlossen, insonderheit auch neue Geschäftsverbindungen angeknüpft hatte, veranlaßt, mit B. sich einzulassen, und von demselben, gegen (im Hannover'schen unter Kaufleuten ganz allgemein) drei Monate Ziel, eine größere Quantität Waaren, Namens seines Principals P., in Bestellung zu nehmen. Als nun aber die bestellten Waaren bei B. in N. in vorgeschriebener Frist nicht eintrafen, und dieser deshalb bei P. auf Uebersendung drang, erwiederte ihm der Letztere, daß er Anstand nehme, ihm ohne vorgängige Sicherheitsbeschaffung Waare auf Credit verabfolgen zu lassen, da er seine Solvenz nicht kenne und seinen Reisenden zu der, ihm allerdings nachträglich von Letzterem notificirten, Bestellung keinen Auftrag ertheilt habe.

Nunmehr belangte B. den P. beim Ober-Gerichte zu Hannover auf Lieferung der bestellten Waaren und Ersatz des durch die Nichtlieferung bis dahin erwachsenen Schadens, weil nach Handelsrecht der Kaufmann, welcher einen Reisenden aussende, um für ihn Bestellungen entgegenzunehmen, verpflichtet werde, diese zu realisiren, und replicirte, als P. diese Grundsätze leugnete und daneben sich auf das ausdrückliche Verbot an seinen Reisenden berief, mit dem Kläger zu contrahiren, daß ein derartiges, überdies von ihm geleugnetes, Verbot, wenn solches nicht genügend veröffentlicht sei, den Beklagten seiner Verpflichtung aus dem Geschäfte nicht überheben könne.

Das gedachte Obergericht nahm an, daß in der Umhersendung eines Reisenden zum Abschlusse von Handelsgeschäften an sich die Verpflichtung des Principals vorliege, alle Geschäfte des Reisenden anzuerkennen, daß hievon jedoch die Geschäfte mit solchen Personen ausgenommen seien, mit welchen der Principal nach ausdrücklicher Weisung an den Reisenden, keine Geschäfte zu machen gewillt gewesen. Es legte demgemäß dem Beklagten den Beweis seines behaupteten vorgängigen Verbots in Betreff des Klägers auf, und wies, nachdem der Beklagte diesen Beweis später usque ad suppletorium erbracht hatte, den Kläger, unter der Voraussetzung, daß Beklagter das suppletorium leisten werde, mit seiner Klage ab.

Nunmehr erhob der Kläger die vorbehaltene Berufung wider das interlocutorische Urtheil beim Oberappellationsgerichte zu Celle, indem er die Relevanz der zum Beweise verstellten Thatsache bestritt. Zu dem Ende führte Kläger aus, daß bei der Umhersendung eines Reisenden nicht blos dies Mandat für den Letzteren, sondern auch die dem Publicum gegenüber abgegebene

Willenserklärung des Beklagten in Betracht komme, daß der Reisende allgemein befugt sein solle, in Betreff der abzuschließenden Geschäfte den Principal zu vertreten, und daß, bei der, aus einer in dieser Weise manifestirten Willenserklärung folgenden, allgemeinen Haftungspflicht für die von dem Reisenden, jener Erklärung entsprechend, eingegangenen Geschäfte geheime beschränkende Bestimmungen, die der Principal etwa dem an den Reisenden gegebenen Auftrage hinzugefügt habe, wirkungslos erscheinen müßten.

Im gedachten Höchstgerichte wurde die angeregte Frage allerdings für zweifelhaft befunden. Dasselbe sprach sich gleichwohl in seiner Entscheidung vom 28. April 1857 dahin aus, daß in dem bloßen Absenden eines Reisenden an sich nicht die Manifestation des Willens, dem Publicum gegenüber, mit Sicherheit zu erkennen sei, danach der Reisende beauftragt sein solle, mit Jedermann Geschäfte, die den Principal binden, abzuschließen, daß sich die Befugnisse des Reisenden und folgeweise die, durch seine Handlungen herbeizuführende, Haftverbindlichkeit des Principals vielmehr nach dem speciellen Inhalte der ihm gewordenen Vollmacht richten müsse, daß daher in concreto der Kläger, streng genommen, zuvor hätte beweisen müssen, daß der Reisende einen so generellen Auftrag gehabt, daß er danach für befugt zu erachten, mit ihm Namens seines Principals Geschäfte zu schließen, und sich keinenfalls darüber beschweren könne, wenn zunächst dem Beklagten der Beweis noch auferlegt worden, daß sein Auftrag an den Reisenden die mehrerwähnte Limitation in Betreff des Klägers gehabt habe. Das Gericht verwarf daher die Berufung a fortiori.

Ohnes Weiteres die zu Handelsgeschäften ausgesandten Reisenden als für jedes einschlagende Geschäft verbindende Institoren zu betrachten, während das preuß. Landrecht (§. 551) dies nur von den auf Märkte und Messen verschickten Handlungsbedienten gelten lassen wolle, hielt das Gericht für bedenklich, so lange nicht eine Bekanntmachung des Auftrags oder eine schriftliche Vollmacht zum allgemeinen Vorzeigen oder irgend ein andrer Akt hinzutrete, durch den der Wille des Principals manifestirt werde, dem Publicum den Reisenden als einen allgemeinen Bevollmächtigten darzustellen. Einem solchen, in concreto gleichwohl fehlenden, bestimmten Manifestationsakte gegenüber würde man freilich eine geheime Instruktion, mit gewissen Personen nicht zu contrahiren, für rechtsverbindlich nicht gehalten haben. v. Düring.

5.

Handlungsreisende. Befugniß zur Empfangnahme von Zahlungen für den Principal.

Ein Frankfurter Kaufmann erhob gegen einen Kaufmann in Friedberg Klage auf Zahlung einer Summe von 413 Gulden für

demselben gelieferten Kaffee. Der Beklagte entgegnete: Das zwischenliegende Geschäft sei, wie gewöhnlich, durch einen Reisenden des Verkäufers vermittelt worden; dieser habe sich, als die Zahlung fällig geworden, eingefunden, den Betrag in Empfang genommen und diesen quittirt, und zwar im Namen seines Geschäftsherrn, der so als befriedigt erscheine. Nach Verhandlung bis zum Schlusse erkannte das Gericht unterm 11. Juli 1856, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, dahin: Beklagter habe zu beweisen, daß er das Eingeklagte dem gewesenen Handlungsdiener des Klägers, dem H. bezahlt habe, während Kläger in Gemäßheit seiner Replik zu beweisen habe, entweder a) daß der Beklagte zur Zeit der angeblichen Zahlung von dem Austritt dieses Dieners aus dem Dienst des Klägers Kenntniß gehabt habe, oder b) nach einer bestehenden Handelsgewohnheit an den mit einer Vollmacht zum Incasso nicht versehenen Geschäftsreisenden eine rechtsverbindliche Zahlung nicht geleistet werden könne, oder c) nach einer bestehenden Handelsgewohnheit in der Avisirung eines Geschäftsreisenden an die Geschäftsfreunde eine beschränkte, die Berechtigung des Reisenden zum Einkassiren von Geld ausschließende Vollmacht enthalten, oder d) nach einer bestehenden Handelsgewohnheit durch die Avisirung eines andern als des seitherigen Reisenden die Vollmacht des Letzteren, den Geschäftsfreunden gegenüber, als erloschen zu betrachten sei. Auf Appellation des Klägers, der sich darum für beschwert erachtete, weil Beklagter nicht auch beweisen solle, daß der Reisende H. zur Zeit der angeblichen Zahlung zum Geldempfang für ihn, Kläger, bevollmächtigt gewesen, oder etwa noch alternativ, daß nach Handelsgebrauch auch an einen nur zur Entgegennahme von Aufträgen avisirten Reisenden rechtsverbindlich für Principalen gezahlt werden könne, confirmirte unterm 1. December 1856 das Mittelgericht. Auf Oberberufung desselben erkannte das oberste Gericht dahin: daß die Erkenntnisse voriger Instanzen in ihrem allein angefochtenen Theile dahin abzuändern seien, daß der Beklagte weiter zu beweisen habe: entweder, daß der Reisende H. Vollmacht zum Incasso gehabt habe, oder: daß nach einer bestehenden Handelsgewohnheit auch an einen nur zur Entgegennahme von Aufträgen avisirten Reisenden mit rechtsverbindlicher Wirkung für den Principalen Zahlung geleistet werden könne, und dem zu Folge dem dem Kläger nachgelassenen Beweis nur als directer Gegenbeweis gegen den Einreden-Beweis des Beklagten noch rechtliche Wirkung beizulegen sei. In seinem Gutachten sprach sich Referent dahin aus: Zur Nachweisung, daß die Zahlung in einer rechtsgültigen Weise geschehen, berief sich Beklagter zunächst auf eine Handelsgewohnheit, die, daß einem Reisenden mit gleicher Wirkung, wie dem Herrn desselben gezahlt werden könne, sowie weiter darauf, daß Kläger seinen Reisenden bei dessen Eintritt mit einer allge-

meinen Vollmacht zum Incasso versehen habe. Kläger stellte nicht nur die Zahlung, sondern auch alle Bevollmächtigung zur Geldeinnahme in Abrede, läugnete jene Gewohnheit, und hob hervor, Beklagter sei nur avisirt gewesen, daß der Reisende sich einstellen werde, um Aufträge anzunehmen. Diese Art der Avisirung hat Beklagter nicht in Abrede gestellt, bemerkend, daß dieser Avis kein Maaßstab für den Umfang der Befugnisse eines Reisenden sei. Da nun dieser Avis keine Vollmacht zum Empfang der Zahlung enthält, diese Ermächtigung auch nicht in der Natur des nach dem Avis übertragenen Geschäfts liegt, so hat Beklagter den Beweis dieser Ermächtigung zu erbringen. Um dieses Beweises überhoben zu sein, bezog er sich auf einen Handelsgebrauch; er hat aber keine zum Anhalt dienenden Momente geltend gemacht, daher dieses Vorbringen ohne rechtliches Gewicht ist. So der Antrag: durch Erkennung auf den weiteren Beweis: der Reisende H. sei zur Zeit der angeblichen Zahlung zum Empfang von Zahlungen für den Kläger bevollmächtigt gewesen, zu reformiren.

Correferent äußerte sich dahin: Handlungsreisende, welche zur Vermittlung von Geschäften ausgesendet würden, könnten nicht als Institoren angesehen werden *). In dem vorliegenden Fall sei auch der Reisende nur angemeldet worden, um Aufträge anzunehmen und zu besorgen, Beklagter erscheine daher nur dann als liberirt, wenn er darthue, daß der Reisende H. vom Kläger Vollmacht zum Incasso gehabt habe, oder, daß nach einer bestehenden Handelsgewohnheit auch an einen zur Entgegennahme von Aufträgen avisirten Reisenden mit rechtsverbindlicher Wirkung Zahlung geleistet werden könne. Denn Beklagter habe sich bestimmt auf eine Usance, sonach auf ein ungeschriebenes Recht bezogen, so daß ihm, da sie nicht vernunftwidrig, der Beweis derselben nachzulassen sei; der Vorführung specieller Momente, aus denen auf ein solches Gewohnheitsrecht geschlossen werden könne, bedürfe es nicht, da sie dem Beweisverfahren angehöre.

Bei der Berathung wurde im Allgemeinen der Antrag des Referenten genehmigt, jedoch in Mehrheit weiter beschlossen, den nach dessen Antrag dem Beklagten noch aufzulegenden Beweis in der vom Correferenten angetragenen Weise zu präcisiren, sowie demselben alternativ noch den Beweis einer bestehenden Handelsgewohnheit, wie er sie behauptet, in der vom Correferenten beantragten Fassung nachzulassen **).

---

*) Vergl. Rechtslexicon, Band 5, s. v. Handel S. 99—105.

**) Vergl. Blätter für Rechtsanwendung, Jahrg. 1856, Nr. 18 (aus dem Bremer Handelsblatte), S. 277. Nach allgemeiner kaufmännischer Auffassung und Usance sind Handlungsreisende, insbesondere

Erk. des OAG.s in Darmstadt vom 15. Mai 1857 in Sachen des Kaufmanns Marzell in Frankfurt a/M. Klägers, gegen Kaufmann Gaustätt in Friedberg, Beklagten, Ford. betr.

Bopp.

## 6.

## Agent. Befugniß zur Zahlungsempfangnahme.

Der Kaufmann P. zu Glogau hatte einen gewissen G. in Hannover beauftragt, „auf dortigem Platze für Verkäufe der von ihm abzugebenden Artikel (Grüneberger Weine) sich zu interessiren," und ihm „für Verkäufe an ganz solide Abnehmer 4 % Provision, zahlbar nach Eingang der Beträge," versprochen, ohne sich „gleichwohl zu einer weiteren Vergütung auf Spesen für nach auswärts unternommene Abgaben" verstehen zu wollen. G. hatte in Folge dieses Auftrags nicht unerhebliche Verkäufe abgeschlossen, hatte von einzelnen Käufern auch die Beträge erhoben, diese jedoch theilweise auf seine Provisionsforderung zurückbehalten und sich damit wegen der letzteren bezahlt gemacht, nachdem P. deren Richtigkeit bestritten und daher seinerseits dieselben auszuzahlen sich geweigert hatte. Unter denjenigen Käufern, welche an den Agenten G. Zahlung für die, unter des Letzteren Vermittlung, von P. bezogenen Weine geleistet hatten, befand sich auch ein Weinhändler B. in N., welcher, als er von P. wegen des Preises für die ihm verabfolgten Weine im Betrage von etwa 400 Rthlr. beim Obergerichte in Nienburg in Anspruch genommen wurde, sich der Zahlung u. A. deshalb weigerte, weil er dem Agenten des P., dem G., bereits Zahlung geleistet habe. Diesem Einwande setzte P. aber die Bemerkung entgegen, daß er dem G. keinen Auftrag zur Hebung von Geldern, sondern nur den oben erwähnten Auftrag zum Abschluß von Verkäufen ertheilt habe, aus der bloßen Benutzung desselben zum Agenten in dieser Richtung aber noch keineswegs seine Verpflichtung folge, die Geldhebungen desselben anzuerkennen; der Beklagte B. glaubte aber, daß allerdings nach allgemeinem Handelsrechte ein zum Abschluß von Verkäufen benutzter Agent eines Handlungshauses auch für befugt erachtet werden müsse, mit verbindender

---

Reisende für Fabrikanten zum Absatz von Manufacturwaaren nicht allein zur Eingehung von Geschäften und Annahme von Zahlungen als befugt anzusehen &c. Dieser Auffassung gemäß wird im täglichen Leben regelmäßig verfahren, ohne daß es den Geschäftsfreunden des Principals einfällt, sich die Vollmacht des Reisenden zeigen zu lassen, zumal, wenn er als solcher ihnen vorher angekündigt ist. (So auch entschieden vom Obergericht in Bern unterm 18. Juni 1854: Zeitschr. für Schweizer. Recht 1857 Bd. 6 Heft 1 S. 34. Anmerk. der Red.)

Kraft Zahlungen entgegenzunehmen; jedenfalls sei dies Handelsgebrauch.

Das gedachte Obergericht war jedoch der Ansicht, daß aus dem Ausdrucke „Agent" an sich nicht die Verpflichtung quaest. des Mandantens folge, vielmehr in dieser Beziehung die Natur der Vollmacht entscheiden müsse, daß aber die eingeräumte Vollmacht zum Abschlusse von Verkäufen noch nicht nothwendig diejenige zur Erhebung von Geldern in sich befasse, daß endlich der Umstand, daß Kläger in mehreren Fällen die dem G. geleisteten Zahlungen hinterher anerkannt habe, keinen stillschweigend ertheilten Auftrag für G. enthalte, auch fernerweit Zahlungen entgegenzunehmen, welcher den P. verpflichten könnte, solche Zahlungen anzuerkennen. Das Obergericht hielt daher, um den P. aus der dem G. geschehenen Zahlung für befriedigt ansehen zu können, für nöthig, daß B. den Beweis liefere, „daß nach einem im Hannoverischen bestehenden Handelsgebrauche der zum Abschlusse von Handelsgeschäften bestellte Agent regelmäßig auch zur Empfangnahme von Zahlungen aus solchen von ihm geschlossenen Geschäften für seinen Principal befugt sei.

Auf desfallsige Berufung des Beklagten an das Oberapp. Gericht in Celle sprach sich Letzteres am 24. Nov. 1857 dahin aus, daß nach gemeinem Rechte in dem bloßen Auftrage zur Vermittlung von Weinverkäufen keineswegs schon der Auftrag des P. an G. zur Eincassirung liege, daß hierin auch das Preuß. L.R., wenn dessen Grundsätze dem P. u. G. bei Eingehung des Agenturverhältnisses vorgeschwebt haben sollten, keinen wesentlichen Unterschied machen würde, indem die im Th. II Tit. 8 §. 543 ff. für die im §. 497 erwähnten Factoren rc. getroffenen Bestimmungen nicht ohne Weiteres auf einen Agenten, wie G. es sei, zutreffen; daß dagegen allerdings es nicht nothwendig eines ausdrücklichen Auftrags zur Eincassirung für G. bedurft habe, um desfalls den P. zu verbinden, daß vielmehr aus concludenten Umständen (insbesondere wenn P. in einer größeren Anzahl von Fällen und eine längere Zeit hindurch die an G. geschehene Zahlung ohne Weiteres als ihm selbst geschehen anerkannt haben sollte) eine bestimmte Manifestation des P., dem handelnden Publicum oder dem G. gegenüber, wie er den G. zur Eincassirung bevollmächtigt betrachte, erweislich gemacht werden könne, so daß er dadurch zur Anerkennung der dem G. geleisteten Zahlungen verpflichtet werden würde, und daß demgemäß dem Beklagten der Beweis annoch nachzulassen sei,

> daß der Kläger dem Publicum oder doch den mit ihm im Handelsverkehr stehenden Weinhandlungen oder mindestens dem G. gegenüber eine solche Stellung, die denselben zur Eincassirung von Ausständen aus von ihm abgeschlossenen Weinver-

käufen berechtigt erscheinen lasse, entweder ausdrücklich angewiesen oder es geschehen lassen habe, daß G. solche Stellung eingenommen habe. v. Düring.

7.

## Agent. Agenturbezirk. Provision.

Es ist in dem eben vorher mitgetheilten Falle bereits erwähnt, daß der Agent G. mit dem P. über die ihm competirende Provision in Differenz gerathen war. Diese hatte ihren Grund, daß G. die Provision von 4 % für sämmtliche, während der Zeit seiner Agentur im Gebiete von Hannover, Oldenburg und Braunschweig und in Bremen und Lübeck vom Handlungshause P. abgeschlossene Weinverkäufe (beiläufig mag bemerkt werden, daß P. in einem Jahre in jenem Bezirke für mehr wie 50,000 Rthlr. Grüneberger Wein abgesetzt und daß eine einzige Weinhandlung in Bremen hievon für 12,000 Rthlr. gekauft hatte) in Anspruch nahm, und diesen Anspruch auf die Behauptung stützte, daß er für jenen Bezirk zum Agenten des P. bestellt sei, in einem solchen Falle aber es Handelsgebrauch sei, daß dem Agenten von allen in dem betreffenden Bezirke durch das mandirende Handlungshaus abgeschlossene Geschäften, mindestens für solche, bei denen, wie in concreto, der Agent auch nur indirect eingewirkt habe, die verabredete Provision gebühre, — während P. ihm nur für diejenigen Verkäufe, die G. selbst abgeschlossen, die Provision gut thun wollte, wobei P. leugnete, den G. für jenen bestimmten Bezirk zum Agenten bestellt zu haben, und daneben bestritt, daß die hieran geknüpfte Folge auf einem Handelsgebrauche beruhe. Auch diese Differenz kam zur Entscheidung des Gerichts, indem G. seinen desfallsigen Mehranspruch dem Weinhändler B., dem Beklagten in dem sub 6 erwähnten Processe, cedirt hatte, und indem dieser ihn compensando, eventuell widerklagend in jenem Processe wider den P. geltend machte.

Das O. G. zu Nienburg nahm indeß selbst für den Fall, daß Beklagter erweislich machen sollte, daß G. von P. für den fraglichen Bezirk zum Agenten ernannt worden, nicht an, daß das allgemeine Handelsrecht einem solchen Agenten für alle, in jenem Bezirke Namens des mandirenden Handlungshauses abgeschlossenen Geschäfte, einerlei ob der Agent den Abschluß besorgt, oder ob dieser ohne sein Zuthun oder doch nur unter seiner indirecten Einwirkung zu Stande gekommen sei, die allgemein für Verkäufe bedungene Provision zuspreche. Das gedachte Obergericht machte daher den weitergehenden Anspruch des G. einmal von dem Beweise abhängig, daß G. für den bezeichneten geographischen Bezirk zum Agenten des P. bestellt sei (indem über den Umfang seiner

Agentur bis lang ein Mehres nicht eingeräumt und erwiesen war, als was hierüber oben, sub 1 im Eingange, erwähnt worden), und daneben von dem Beweise des behaupteten Handelsgebrauchs in der Stadt Hannover.

In seiner Berufung bestritt der Beklagte die Richtigkeit auch dieser Entscheidung, indem er namentlich den besonderen Beweis jenes Handelsgebrauchs, bei dem Standpunkte des allgemeinen Handelsrechts, für überflüssig hielt. Das Oberappellationsgericht zu Celle bestätigte aber in seinem sub 6 erwähnten Urtheil diesen Theil des Erkenntnisses erster Instanz, indem es davon ausging, daß aus dem etwa erweislich zu machenden Umstande, daß G. vom P. für den fraglichen Bezirk, gegen eine Provision von 4% für die von ihm abgeschlossenen Verkäufe, zum Agenten bestellt worden, an sich, nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, unmöglich ein Anspruch auf die fragliche Provision auch rücksichtlich derjenigen Verkäufe folge, welche das Handlungshaus P. ohne alle oder doch directe Einwirkung des G. abgeschlossen haben sollte, daß vielmehr daraus, daß das Handlungshaus P. bei einem solchen Agenturverhältnisse, unter Umgehung des G. insonderheit auch unter Benützung noch anderer Agenten, in dem betreffenden Bezirke Geschäfte abschließe, gemeinrechtlich höchstens im geeigneten Falle eine Entschädigungsklage wegen verletzten Contractes folgen würde, und daß daher der Beklagte sich darüber nicht beschwert erachten könne, wenn ihm zur Geltendmachung jenes Anspruchs annoch der Beweis des von ihm behaupteten Gewohnheitsrechts auferlegt worden sei. v. Düring.

## IV. Handelsgesellschaft.

### 8.

### Collectivgesellschaft. Verwendung in die Societät. Einrede der Theilung.

Der Buchbinder W.. zu Göttingen hatte durch ein Circular bei seinen Handelsfreunden angezeigt, daß er in seine Papierhandlung seinen Sohn aufgenommen habe und daß das Geschäft fortan unter der Firma J. C. W... und Sohn betrieben werde und daß beide Genossen sich der neuen Firma bedienen werden. Als nun die Papierfabrik zu L.. für, auf Bestellung des Sohns, der Firma geliefertes Papier die Summe von 441 Rthlr. klagend wider die Firma geltend machte, und das Gericht erster Instanz, das Obergericht zu Göttingen, die beiden Inhaber der Firma für solidarisch verpflichtet erkannt hatte, der Klägerin die libellirte Summe nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen, suchte der Vater W.., welcher allein solvent war, in der dawider betretenen Be-

rufungsinstanz beim O.A.Gerichte zu Celle zunächst geltend zu machen, daß er gar nicht verpflichtet sei, da das Papier gar nicht in dem von ihm mitbetriebenen Geschäfte, sondern in einer daneben von seinem Sohne allein betriebenen Buntpapierfabrik verwandt sei, und schützte eventuell die Einrede der Theilung vor. Der erste Senat des Oberappellationsgerichts zu Celle wies jedoch die Berufung in beiden Richtungen zurück, indem er aussprach, daß, nachdem nicht bestritten sei, daß der Sohn W.. dem Publikum offen als Theilhaber der vom Vater W.. begründeten Firma dargestellt worden und ferner, daß der Sohn, unter Benutzung der gedachten Firma, die eingeklagte Waarenschuld contrahirt habe, es gleichgültig sei, ob diese in das fragliche Geschäft wirklich verwandt worden oder nicht, so wie daß bei Handelsgesellschaften die von einem Gesellschafter, in seiner Eigenschaft als Institor, contrahirte Schuld keine Einrede der Theilung zulasse. — v. Düring.

## 9.

**Collectivgesellschaft. Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die vor seinem Eintritt contrahirten Geschäftsschulden. Verwendung in die Societät. Zahlungen für Privat- oder für Societätsschulden?**

Ein gewisser S. in H. betrieb seit länger eine Cigarrenkistenfabrik. Im Jahre 1854 trat ein gewisser K. in das Geschäft als offener Socius ein und wurde nunmehr das Geschäft unter der Firma S. u. K. fortbetrieben. Ende 1855 trat jedoch K. aus dem Geschäfte wiederum aus, weil es nicht rentirte. S. setzte es noch eine Weile auf eigene Hand fort, gerieth aber bald nachher in Concurs. Einer seiner Gläubiger, der Kaufmann E. in Bremen, belangte, weil er wenig Aussicht hatte, in jenem Concurse zur Befriedigung zu gelangen, den frühern Associé des S., den K., auf Berichtigung der einen Hälfte seiner Forderung wider S. und kamen hierbei folgende auf die Haftverbindlichkeit der Theilhaber an einer Firma Bezug habende Fragen in Betracht:

a) Die Ansprüche des E. originirten zum Theile aus einer Zeit, wo K. noch nicht Theilhaber des Geschäfts gewesen, und stützte sich der Kläger in dieser Beziehung auf die Behauptung, daß in dem Societätscontracte des K. mit dem S. Jener die älteren Verpflichtungen des S. mit übernommen habe. Daß dieser Theil des Contracts dem Publicum unterstellt worden, ist nicht behauptet. K. leugnete die Behauptung, bestritt daneben aber auch deren Relevanz, indem dritte Nichtcontrahenten aus diesem Contracte keine Rechte ableiten können.

1854. 1855. [handwritten marginalia, partly illegible]

Das Gericht erster Instanz, das **Obergericht zu Hameln**, verwarf den Anspruch des E., soweit er aus der Zeit vor der Eingehung des Societätsverhältnisses herrühre, da aus der angeblichen Uebernahme der Passiva des S. im Societätscontracte kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Beklagten und den S..schen Gläubigern begründet sei. Das **Oberapp.Gericht zu Celle** verwarf in seinem Urtheile vom 12. Nov. 1857 die wider diesen Ausspruch gerichtete Berufung des Klägers um so mehr, da die Fortführung des Geschäftes nach Eintritt des K. unter einer neuen Firma geschehen sei und besondere Thatumstände, welche eine Verpflichtung des K., den S..schen Gläubigern gegenüber hätten begründen können, nicht behauptet seien.

b) Hinsichtlich der während des Bestandes der Societät von S. eingegangenen Verbindlichkeiten behauptete der Kläger E. zwar, daß S. ihm beim Abschlusse der betreffenden Geschäfte zu erkennen gegeben habe, wie er Namens der erwähnten Firma handle, er glaubte gleichwohl, daß dies seinerseits nicht zu beweisen sei, vielmehr eine Vermuthung hiefür streiten müsse. Der Beklagte dagegen meinte, daß er nur dann verhaftet sein würde, für solche von S. eingegangene Verbindlichkeiten aufzukommen, wenn nachgewiesen würde, daß die Vortheile der fraglichen Geschäfte mit E. in das Fabrikgeschäft S. u. K. verwandt seien, oder daß er Auftrag zu obigem Geschäfte ertheilt habe.

Das gedachte Obergericht sprach aber aus, daß ein offner Socius, auch ohne die ebengedachten Beweise, durch seine Namens der Societät abgeschlossenen Geschäfte die Firma und deren Theilhaber binde, doch müsse aus den Aeußerungen des contrahirenden Socius oder den Umständen der dritte Contrahent hinlängliche Veranlassung gehabt haben, anzunehmen, daß das Geschäft Namens der Firma abgeschlossen worden; das Gericht legte also in dieser Hinsicht dem Kläger einen entsprechenden Beweis auf. Beide Theile suchten zwar in der erwähnten Berufung an das Ob.App.Gericht ihre abweichenden Ansichten geltend zu machen. Das Ob.App. Gericht bestätigte aber in beiden Beziehungen die erstinstanzliche Entscheidung.

c) Unter den Gegenständen, die S. Namens der Firma von E. bezogen haben sollte, gehörte auch eine Partie Kaffee, die offenbar zum Privathaushalte des S. bestimmt gewesen. Hinsichtlich des desfallsigen Postens machte das Obergericht eine Einschränkung in seiner Entscheidung, indem es aussprach, daß K. hiefür, ohne daß ihm nachgewiesen worden, wie er zu diesem Ankauf besonderen Auftrag ertheilt gehabt, nicht haften könne, da der Kaffeehandel ersichtlich nicht im nahen Zusammenhange mit dem Compagniegeschäfte gestanden habe. Auch die hiewider erhobene Berufung des Klägers verwarf das Oberappellationsgericht.

d) Dagegen hatte das Obergericht einen Posten, welchen E., im angeblich von S. ihm, Namens der Societät, gewordenen Auftrage, baar an einen dritten (einen anscheinenden Gläubiger der Societät) berichtigt haben wollte, als einen solchen bezeichnet, für den, probatis probandis, K. als Socius aufkommen müsse. K. suchte in seiner Berufung auch hinsichtlich dieses Postens geltend zu machen, daß dessen Gegenstand außerhalb des Geschäftsbetriebs der Societät so ersichtlich gelegen habe, daß E. trotz der Erklärung des S. hätte wissen müssen, daß die betreffende von S. ihm übertragene Zahlung mit der Societät nichts zu schaffen habe. Das Ob.App.Gericht nahm jedoch an, daß solche Zahlungen bei einem Fabrikgeschäfte, das aus Bremen seine Materialien beziehe, etwas sehr nahe liegendes seien und daher als mit dem Societät im Zusammenhang Stehendes von E. füglich hätten aufgefaßt werden dürfen; es verwarf daher auch hier die Beschwerde.

e) Der Kläger E. hatte seiner Klage ein Contecourant beigefügt, welches in die Zeit hinausreichte, wo S. noch alleiniger Inhaber des Fabrikgeschäfts gewesen und hatte die von diesem geleisteten Zahlungen zunächst auf die eben aus der zuletzt erwähnten Zeit originirenden Verpflichtungen des Fabrikgeschäfts gegen ihn abgesetzt, obwohl dieselben theilweise in diejenige Zeit fielen, in welchen bereits die Societät bestand. In dieser Hinsicht beanspruchte nun der Beklagte K. zunächst, daß die während des Bestandes der Societät geleisteten Zahlungen ohne Weiteres auf die von dieser eingegangenen Verpflichtungen abgesetzt werden müßten, weil zu vermuthen sei, daß S. in jener Zeit mit den Mitteln der Societät, also auch für dieselbe gezahlt habe. Eventuell behauptete derselbe, daß S. ausdrücklich diese Zahlungen auf die Verpflichtungen der Societät geleistet habe. E. hielt dagegen nicht bloß an sich und bis auf Weiteres seine Berechnungsweise für richtig, sondern bestritt auch die Relevanz der letzten Behauptung. Das Obergericht entschied diese Differenz dahin, daß bis auf Weiteres die Berechnungsweise des Klägers E. Beifall verdiene, indem zuvörderst für ihn kein Grund vorgelegen, um annehmen zu müssen, daß S. in der späteren Zeit lediglich als Vertreter der Societät ihm gegenübergetreten sei, insonderheit in Beziehung auf solche Geschäfte, die, wie die Abführung von Verpflichtungen, sich mindestens ebensogut auf die Privatbeziehungen des S. zu ihm aus der älteren Zeit beziehen gekonnt, hievon ausgehend aber E. wohl befugt, wo nicht verpflichtet gewesen, die ihm von S. ohne specielle Zweckbestimmung geleisteteten Abträge zunächst auf die älteren, aus der Zeit vor dem Bestande der Societät herrührenden, Verpflichtungen des S. in Absatz zu bringen, daß dagegen die Behauptung des K. allerdings relevant sei und daher zum Beweise verstellt werden müsse, wie S. bei Leistung der betreffen-

den Abträge ausdrücklich erklärt habe, daß er für die Societät zahlen oder deren specielle Verpflichtungen abführen wolle, indem eine solche Bevorwortung die obige Befugniß des Klägers, die Zahlungen auf sein älteres, speciell gegen S. bestehendes Guthaben abzurechnen, aufgehoben haben würde.

Die wider diesen Ausspruch in der Berufungsinstanz erhobenen Beschwerden wurden gleichfalls vom Oberappellationsgerichte verworfen, von diesem vielmehr die fraglichen Grundsätze des Obergerichts vollständig gebilligt. v. Düring.

10.

Collectivgesellschaft zum Fabrikbetrieb. Firma. Haftung des ausgeschiedenen Socius wegen der nach dem nichtveröffentlichten Austritt contrahirten Schulden.

In der Stadt Hannover hatte vor längeren Jahren schon ein Tischler C. ein Fournierschneidegeschäft, unter Anwendung von Dampfkraft, begründet und sein Fabrikat in größerem Umfange an die Tischler zur weitern Verarbeitung in ihrem Geschäfte abgesetzt; bei den in Beziehung auf jenen Betrieb vorkommenden Rechtsgeschäften sollte derselbe sich der Bezeichnung „Fournierschneidegeschäft von Carl C...." bedient haben; später sollte er seinen Sohn in das Geschäft als Theilnehmer aufgenommen haben; dieser soll unter der gedachter Firma bis zur neuesten Zeit Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, hat sich aber vor Kurzem, ohne seinen desfallsigen Obliegenheiten vorzukommen, heimlich entfernt, und wurde nunmehr der Vater, Carl C., dieserhalb mehrfach in Anspruch genommen. Insonderheit war es der Kohlenlieferant E., welcher den älteren C. auf Zahlung des Preises für in den letzten Jahren in das Fournierschneidegeschäft gelieferte Steinkohlen, im Betrage von fast 1000 Rthlr., beim Obergerichte zu Hannover belangte. Neben verschiedenen anderen Einwendungen setzte der Verklagte der Klage den Einwand entgegen, daß er gar nicht unter besondrer kaufmännischer Firma ein Handelsgeschäft begründet, sondern sein Gewerbe unter seinem Familiennamen betrieben, bis er sein Geschäft im Jahre 1852 aufgegeben (freilich ohne zu behaupten, daß dies öffentlich bekannt gemacht sei), da somit die Grundsätze von Handelsfirmen hier nicht zur Anwendung kommen könnten, so müsse es völlig irrelevant für ihn bleiben, wenn sein Sohn für das von demselben in den letzten Jahren betriebene Fourniergeschäft Schulden contrahirt und unerfüllt gelassen haben sollte. Hierauf erkannte zunächst:

das Obergericht zu Hannover, daß, weil die im hiesigen Lande geltenden Rechtsnormen die Merkmale und Erforder-

nisse einer Firma nicht feststellen und daher auch keine rechtliche Folgen daran knüpfen, sich aus dem Umstande, daß der Verklagte etwa unter einer bestimmten Firma ein Handelsgeschäft begründet und es zugelassen habe, daß ein Anderer Namens dieser Firma Schulden contrahire, für die Haftungspflicht des Ersteren nichts ableiten lasse, für diese vielmehr nur die Frage entscheidend sein würde, ob der Sohn des Verklagten im Auftrage des Letzteren contrahirt oder in einem Societätsverhältnisse mit demselben gestanden. Da dies eventuell vom Kläger behauptet worden, so wurde hierauf die Beweisnachlassung zu Gunsten des Klägers beschränkt.

Auf desfallsige Berufung des Klägers erließ dagegen das Oberapp.Gericht zu Celle in diesem Punkte eine **Reformatoria**. In derselben wurden zunächst die Fragen, ob die allgemein anerkannten Grundsätze des Handelsrechts auch für das Hannover'sche maßgebend sein, ferner ob dieselben auf Fabrikgeschäfte zur Anwendung zu bringen, und ob hier, wo nicht direct für Consumenten, sondern zum Vertrieb an Geschäftstreibende das Fabrikat geschaffen wurde, ein wahres Fabrikgeschäft vorliege, und zwar Letzteres mit Rücksicht auf den ganzen Umfang des Geschäfts, unbedenklich bejaht.

Hiernächst wurde in Gemäßheit der Grundsätze des allgemeinen Handelsrechts angenommen, daß, wofern Kläger nachweisen könne, wie der Beklagte ein Fournierschneidegeschäft auch nur unter der Firma seines Familiennamens Carl C.... betrieben, und seinen Sohn als offnen Gesellschafter in dem Geschäfte dem Publico gegenüber dargestellt habe, der Beklagte für dessen, Namens der Firma abgeschlossenen, Geschäfte aufkommen müsse, es wäre denn, daß dieselben offensichtlich nicht auf den Betrieb der Firma Bezug gehabt hätten, was sich gleichwohl von der in lite befangenen Kohlenlieferung nicht sagen lasse;

ferner daß diese Verhaftung des Beklagten auch nicht durch den bloßen Umstand beseitigt werde, daß derselbe sich zur Zeit des fraglichen Kohlenhandels bereits aus dem, übrigens unter der alten Firma fortbetriebenen, Fabrikgeschäfte zurückgezogen gehabt, wofern er seinen Rücktritt nicht öffentlich bekannt gemacht, oder dieser dem Kläger nicht sonst bekannt gewesen sei.

Dem Vorstehenden entsprechend wurde deshalb die Beweisnachlassung für den Kläger vervollständigt, unter Normirung der erforderlichen Gegenbeweise für den Beklagten. v. Düring.

## 11.

### Commanditgesellschaft auf Aktien. Sachfirma. Beweis der gesetzmäßigen Errichtung.

Der Kaufmann H. in Berlin zog unterm 7. October 1856

einen nach drei Monaten zahlbaren Wechsel in Höhe von 789 Rthlr. 25 Sgr. auf J. C. M. und girirte denselben nach erfolgter Acceptation unterm 30. October 1856 der „Direction der Waarenkreditgesellschaft in Berlin." Am Verfalltage leistete der Acceptant des erhobenen Protestes ungeachtet keine Zahlung. H. wurde daher als Aussteller und Girant des Wechsels von dem Kaufmann K. als Inhaber des unter der gedachten Firma bestehenden Handlungsgeschäfts auf Zahlung von 789 Rthlr. 25 Sgr. nebst Zinsen, Protestkosten und Provision wechselmäßig in Anspruch genommen, auch, der erhobenen Einwendungen ungeachtet, vom Stadtgericht zu Berlin dem Klageantrag gemäß verurtheilt. Der erste Richter verwarf namentlich die gegen die Legitimation des Klägers vom Verklagten gemachten Erinnerungen, indem er eine besondere Genehmigung des Staats zur Rechtsbeständigkeit der Handelsgesellschaft, welche der Kläger repräsentirte, nicht für erforderlich erachtete, vielmehr die Anmeldung bei der Corperation der Kaufmannschaft und Abschließung eines schriftlichen Vertrags, dessen Vorhandensein angenommen werden müsse, für ausreichend hielt. Er erachtete es ferner für zulässig, daß eine allgemeine Bezeichnung für den Zweck der Gesellschaft gewählt worden sei, und nicht für nothwendig, daß die Firma den Namen einer bestimmten Person enthalte. Durch das eingereichte Attest der Aeltesten der Kaufmannschaft vom 19. Januar 1857 sei die Legitimation des Klägers zur Empfangnahme von Geldern für die Direction der Waarenkreditgesellschaft gehörig geführt.

Der Verklagte appellirte. In Bezug auf die Legitimation führte er aus, daß die Gesellschaft eine anonyme sei. Es sei ein Widerspruch, daß der Kläger als alleiniger Geschäftsinhaber und zugleich als Vorsitzender der Direction der Waarenkreditgesellschaft auftrete. Bei der Gründung der Handelsfirma „Direction der Waarenkreditgesellschaft" seien die zur Rechtsbeständigkeit einer Handlungsgesellschaft erforderlichen gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet, insbesondere kein schriftlicher Societätsvertrag errichtet. Das Attest des Aeltesten der Kaufmannschaft legitimire den Kläger nicht, da es ein documentum referens sei, sich auf die einseitigen Angaben des Klägers gründe, und auf ein nicht beigebrachtes Protokoll vom 30. Juni 1856 beziehe.

Kläger berief sich hiergegen auf die Gründe des ersten Richters, und bemerkte, daß keine anonyme (Aktien-) Gesellschaft, sondern nur eine in Gemäßheit der §. 614 ff. II. 8 des ALR's. gegründete Commanditengesellschaft vorliege, bei welcher, mit Bezug auf die dazu gehörenden stillenden Gesellschafter, allerdings vom Amt eines vorsitzenden Directors die Rede sein könne, wenngleich dieser bei der Anmeldung der Bekanntmachung der Gesellschaft nur als alleiniger Inhaber bezeichnet sei. Der unterm 14. Juni 1856

notariell abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag sei bei der Berliner Börse deponirt, und bedürfe es dessen Production nicht, da das Attest der Aeltesten der Kaufmannschaft ihn hinreichend legitimire.

Der Appellationsrichter, das Kammergericht zu Berlin, bestätigte das erste Erkenntniß, indem es den Gründen des Stadtgerichts durchaus beitrat. Das Attest der Aeltesten liefere als öffentliche außergerichtliche Urkunde vollen Beweis für die erforderliche schriftliche Errichtung und Bekanntmachung der Societät bei der Kaufmannschaft des Etablissementsorts — der Vorlegung des Societätsvertrages bedürfe nicht. In Betreff der Firma führt der zweite Richter, in Uebereinstimmung mit dem Kläger, aus, daß das ALR. die Lehre von den kaufmännischen Firmen nicht in erschöpfender Weise behandle und keinen Begriff derselben aufstelle. Es sei hiernach mit Rücksicht auf die in der Handelswelt sich herausstellenden Bedürfnisse eine freiere Entwickelung gestattet, und es seien, soweit nicht ganz spezielle Bestimmungen vorliegen, die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das, was als erlaubt oder unerlaubt ist, zur Anwendung zu bringen. Es müsse den Ausführungen des Klägers durchaus beigetreten werden, daß der in dem Erkenntniß des Obertribunals vom 17. Juni 1843 (Entscheidungen 9. S. 325) aufgestellte Begriff der Firma, „daß sie die Angabe der Namen einer oder mehrerer Personen sei, welche unter dieser Bezeichnung kaufmännische Geschäfte betreiben wollen" sich eigentlich nur auf die Ausschließlichkeit der Geschäftsfirmen beziehe, überdies nicht zutreffend und erschöpfend erscheine, und daß in neuerer Zeit andere Grundsätze zur Geltung gekommen *); es sei nun allgemein üblich geworden, für Collektiv- und namentlich für Commanditen-Gesellschaften solche Firmen zu wählen, welche den Zweck der Handelsgesellschaft andeuten, ohne einen Personennamen zu enthalten, wie das von den Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft herausgegebene amtliche Verzeichniß der sämmtlichen bei der Corporation verlautbarten Handelsfirmen beweise. Zur Firma könne zwar der Name der Gesellschafter oder dritter Personen gewählt werden, indessen sei bei Gesellschaften auch der Name des Gegenstandes, für welchen sie errichtet sind, zulässig. Was den Aktiengesellschaften durch §. 5. 9 des Gesetzes vom 9. November 1843 geboten sei, könne den übrigen Handelsgesellschaften nicht verboten sein. Der Bestimmung des §. 621. II. 8 des ALR.'s, daß die Firma sich von allen bereits öffentlich bekannt gemachten hinlänglich un-

---

*) Derselbe hatte sich auf Gans Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung S. 36. Funk Ueber Handlungsfirmen (Jur. Wochenschr. 1843. S. 253). Gelpke, Zeitschr. II. S. 59 ff., Rechtssprüche I. S. 139, Entsch. 12. S. 94. Bd. 15. S. 330. Strietshorst's Archiv 5. S. 376 u. Bd. 6. S. 269 berufen.

terscheide, genüge die von der Waarenkreditgesellschaft gewählte Bezeichnung „Direction der Waarenkreditgesellschaft" vollständig. —

Der Verklagte legte gegen dieses Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Kläger könne nach art. 4 no. 3 art. 12. 36 der Deutschen Wechselordnung seine Legitimation nur durch eine gesetzlich angenommene Firma führen. Die gebrauchte Firma sei eine solche nicht. Der Appellationsrichter habe die folgenden zwei Rechtsgrundsätze verletzt:

1) Nur dann sei die Firma eine Handelsgesellschaft als gesetzlich vorhanden zu erachten, wenn in dieser Firma sich Personennamen befänden.

Dieser Rechtsgrundsatz folge aus ALR. II. 8. §. 504. 620. 621. 652. 679, §. 5. 9 des Ges. v. 9. November 1843, AGO. I. 2. §. 38 u. art. 88 no. 2 der Deutschen Wechselordnung. So wenig eine Firma unter dem Titel „Haarschneidekabinet," „Orthopädisches Institut," „Sonntagsverein" u. s. w. denkbar sei, so wenig habe die angebliche Firma des Klägers rechtliche Existenz.

Die Gründe, welche hiergegen vom Appellationsrichter geltend gemacht worden, seien theils irrig, theils im Widerspruch mit der Natur des Handels. Wenn derselbe meine, eine freiere Entwickelung habe die Personennamen aus der Firma ausgemerzt, und diese Entwickelung sei noch vom Richteramt zu begünstigen, so mache er sich die Folgen der Begünstigung nicht klar. Der Gesetzgeber wolle, daß trotz der Firma die Einzelnen haftbar seien. Eben um deswillen müßten die Einzelnen genannt werden. Bei einer Firma, wie der vorliegenden, sei Niemand den Dritten verhaftet. Stelle die Gesellschaft ihre Zahlungen ein, so würden die Dritten erheblichen Schaden leiden, dennoch die Vertreter der Gesellschaft, die Administratoren und Directoren der Geschäfte, gerade diejenigen, auf deren bekannte Namen die Dritte Einschüsse geleistet und Verträge abgeschlossen, Niemanden haften. Dies liege nicht in dem Wesen des Handels, welches recht eigentlich auf Treue und Glauben, auf dem *persönlichen* Kredit beruhe.

In allen Gesetzbüchern sei daher eine Bestimmung enthalten, welche mit art. 20. 21 des Code de commerce übereinstimme.

Es existire keine englische Firma ohne Personennamen, und doch sei dort dem Bedürfniß der Handelswelt hinreichend Rechnung getragen.

Von den Aktiengesellschaften dürfe auf die übrigen Handelsgesellschaften nicht geschlossen werden. Weil bei der Aktiengesellschaft die Einzelnen nicht verpflichtet werden, deshalb dürften ihre Namen in der Firma nicht enthalten sein; eben weil bei der Handelsgesellschaft nur die Personen sich verpflichten können, seien ihre Namen in der Firma nothwendig. Das erwiesen auch die art. 15. 16. 19 des Gesetzes vom 9. November 1843 und dessen Motive, wie die art. 30. 31. 32. 33. 37. 39 des Code de com-

merce und deren Motive, aus welchen die ersteren entlehnt seien, endlich die Motive zu dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs. Die richtigen Prinzipien seien in der Entscheidung des Obertribunals (Bd. 9. S. 329) bereits ausgesprochen, und deren Aufrechthaltung würde die ungesetzlichen Firmen sofort verschwinden lassen.

2) Eine unter dem Namen einer Handelsgesellschaft verkappte Aktiengesellschaft habe ohne landesherrliche Genehmigung keine rechtliche Existenz. Dieser verletzte Rechtsgrundsatz ergebe sich aus §. 1 des Ges. vom 9. November 1843.

Das Obertribunal zu Berlin hat durch Erkenntniß vom 4. April 1857 die Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Gründen verworfen:

Der Appellationsrichter hat auf Grund des Attestes der Berliner Kaufmanns-Aeltesten angenommen, daß eine, unter Errichtung eines schriftlichen Vertrages gesetzlich errichtete Handelsgesellschaft, mit dem Geschäftsinhaber K., in der Waarenkreditgesellschaft existire, auch gehörig bekannt gemacht sei, deren Rechte Kläger auf Grund der Bekanntmachung der Aeltesten der Kaufmannschaft, welche nach §. 38 des Statuts vom 2. März 1820 erfolgt sei, gegen jeden Dritten vertrete. Sache des Klägers sei es gewesen, die Legitimation der Direction der Waarenkreditgesellschaft vorher zu prüfen, ehe er sich mit ihr in Geschäfte einließ. Sein Verfahren, daß er zuerst derselben den Wechsel übereignete, und dann hinterher, nachdem dieselbe die daraus ihr zustehenden Rechte gegen ihn geltend mache, deren rechtliche Existenz in Frage stelle, könne nicht gebilligt werden.

Diese Gründe des zweiten Richters sind von dem Imploranten nicht angefochten worden, indem die, unter 1) der Nichtigkeitsbeschwerde in Frage gestellte Richtigkeit der Geschäftsfirma auf diesen Theil der Entscheidung keinen Bezug hat. Soll der unter 2) gestellte Angriff der Verletzung des behaupteten Grundsatzes:

Eine unter dem Namen einer Handelsgesellschaft verkappte Aktiengesellschaft hat ohne landesherrliche Genehmigung keine rechtliche Existenz,

vielleicht gegen die gedachten Gründe gerichtet sein, so verfehlt derselbe das Ziel, weil die Voraussetzung, daß die klagende Gesellschaft eine verkappte Aktiengesellschaft sei, erst durch Beseitigung der Feststellungen des zweiten Richters hätte nachgewiesen werden müssen, ehe von der Anwendnng oder Verletzung des behaupteten Satzes die Rede sein konnte. Da das nicht geschehen ist, so steht es fest, daß die klagende Gesellschaft keine der Staatsautorisation bedürftige Aktiengesellschaft, sondern eine nach §§. 614 ff. II. 8 des Allgem. Landrechts geschlossene Handelsgesellschaft ist. Im Uebrigen liegen auch in der Sache keine Motive gegen die rechtliche Ansicht der früheren Richter vor. Eine Aktiengesellschaft bedarf der landesherrlichen Genehmigung, in so fern sie auf die in

dem Gesetze vom 9. November 1843 bestimmten Rechte und Pflichten Anspruch macht, §. 1. Auf diese Rechte kann die klagende Gesellschaft keinen Anspruch machen: sie ist aber auch von bestimmten Personen auf ihren Namen und unter ihrer Verantwortlichkeit, mit Eintragung des K., als des alleinigen Geschäftsinhabers gegründet.

Die Herbeischaffung des Geschäftsfonds durch Geschäftsantheile à 100 Thl., welche die Rechte stiller Gesellschafter geben, macht sie nicht zu einer Aktiengesellschaft, sie bleibt eine Société en commandite, eine Form, welche zwar dem Namen nach im Allgem. Landrecht nicht vorkommt *), der Sache nach aber durchaus erlaubt und vor und nach dem Allgem. Landrecht üblich war.

Nicht minder unbegründet sind die unter I. gestellten Angriffe, betreffend die Firma der Gesellschaft: „Direction der Waarenkreditgesellschaft." Dürfte, wie Implorant auszuführen sucht, die, nach Vorstehendem, existirende Handelsgesellschaft eine solche Firma gesetzlich nicht führen, so könnte daraus nichts weiter folgen als daß sie dieselbe für die Zukunft ablegen müßte. Die rechtliche Existenz der Gesellschaft hängt davon aber gar nicht ab, und derjenige, welcher mit ihr contrahirt hat, als sie den unrichtigen Namen führte, muß diesen Contract erfüllen, so gut, als wenn sie den richtigen geführt hätte, oder als wenn sie, zur Zeit des Geschäfts, noch keinen besondern Namen angenommen hätte. Es ist aber auch dem Appellationsrichter darin beizupflichten, daß die §§. 620—622, 652, 679 II. 8 des Allgem. Landrechts nirgend wie bestimmen, daß keine Firma anders, als auf einen Personennamen angenommen werden darf, wenn gleich sie dies als das Uebliche allerdings wohl voraussetzen, und daß das Verbot für Aktiengesellschaften, keine Firma anzunehmen, welche die Namen der Betheiligten ausdrückt, nicht auf ein Gebot für andere Handelsgesellschaften, nur eine Firma unter ihrem Namen anzunehmen, schließen läßt. Das kann freilich aus einer nicht namentlichen Firma folgen, daß der Inhaber derselben kein ausschließliches Recht auf dieselbe durchführen kann, daß also, zum Beispiel, in dem Falle Entscheidungen Bd. 9 S. 325 der Inhaber des Geschäfts unter der Firma: „Fabrik Habermann'scher Glanzwichse" einer andern nicht wehren durfte, sein Komtoir mit der Inschrift: „Fabrik Habermann'scher Glanzwichse" zu versehen. Davon ist ganz geschieden, ob er selbst jene Firma ablegen mußte, noch mehr aber, ob wegen der unrichtigen Firma das Geschäft keine Existenz hatte? Dies ist damals nicht in Frage gewesen.

(Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 24 S. 166—188).

---

*) Doch: A.L.R. II. 8. §. 651. 652. 795. Vgl. Entsch. XII. S. 354.
Anmerk. des Herausg.



## 12.

### Aktiengesellschaft. Juristische Persönlichkeit. Verleihung derselben durch die Staatsgewalt.

In einem Erkenntnisse des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Febr. 1857 werden folgende Sätze ausgesprochen:

Der wesentlichste Unterschied zwischen der Aktiengesellschaft im rechtlichen Sinn und anderen Gesellschaften besteht in dem Satze, daß bei der ersten keiner der Theilnehmer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich zu haften hat. Kein Aktionär ist schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen als den Nennwerth der Aktien, zu deren Uebernahme er sich gegen die Gesellschaft verpflichtet hat; er tritt für seine Person zu den Gläubigern der Gesellschaft nicht in das Verhältniß eines Schuldners und kann von ihnen nicht unmittelbar belangt werden. Die Gläubiger haben nur ein Klagerecht gegen die durch die Direction vertretene Gesellschaft als solche (welche ebendeshalb eines allgemeinen Gerichtsstandes bedürfe) und können zu ihrer Befriedigung nur an den Gesellschaftsfond sich halten.

Die Wirkung, daß keiner der Theilnehmer für seine Person, sondern nur die Gesellschaft als solche in einem Schuldverhältniß zu den Gläubigern steht, findet eine befriedigende juristische Lösung nur darin, daß die Gesellschaft als ein selbstständiges, von den Personen ihrer einzelnen Mitglieder unabhängiges Rechtssubject gedacht, daß der Gesellschaft als solcher die Eigenschaft der rechtlichen Persönlichkeit beigelegt wird; und so häufig auch in der gemeinrechtlichen Doktrin die Ansicht vertreten wird, daß die Uebertragung des Begriffs der juristischen Person auf die Aktiengesellschaft entbehrlich sei, so wird doch in neueren Gesetzen und Gesetzes-Entwürfen z. B.

Preußisches Gesetz über Aktiengesellschaften, v. 9. Novbr. 1843. §. 8,
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland, Tit. 3 Art. 80,
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Würtemberg, Art. 256,

die in gehöriger Weise errichtete Aktiengesellschaft ausdrücklich für eine Rechtsperson erklärt.

Da fingirte Rechtssubjecte nicht durch Privatwillkür geschaffen werden können, so kann eine Gesellschaft die Eigenschaft der rechtlichen Persönlichkeit sich nicht selbst verleihen; sie bedarf dazu eines genehmigenden Aktes der Staatsgewalt.

Die Behauptung einzelner Rechtslehrer, daß der Aktiengesellschaft die rechtliche Persönlichkeit auch ohne Verleihung der Staatsgewalt zukomme, ist willkührlich. Ein Gewohnheitsrecht in dieser Richtung ist insbesondere für Würtemberg nicht nachweisbar. Wenn auch manche sich so nennende Aktiengesellschaften in Würtemberg thatsächlich bestanden haben, so pflegten doch grade die bedeutenderen

Aktiengesellschaften Würtembergs zur Erlangung der juristischen Persönlichkeit die Bestätigung der Staatsregierung nachzusuchen.

Seeger.

### 13.

### Berechtigung des Directors einer Aktiengesellschaft, für diese, nach vorläufigem Auflösungsbeschluß, aber vor Löschung der Firma, Wechsel zu acceptiren. Doppelte Persönlichkeit des Firmenführers einer Societät, der zugleich Chef eines eigenen Handlungshauses ist.

Oberdirector und Firmaführer der auf Aktien gegründeten Maschinenfabrik H. und Comp., und laut des Gesellschaftsvertrags zur Ausstellung, Girirung und Acceptirung von Wechseln im Namen der Maschinenfabrik befugt, war das Handlungshaus J. A. H. und Comp., dessen Chef J. B.

In der am 11. April 1855 abgehaltenen Generalversammlung der Aktionäre der Maschinenfabrik wurde beschlossen, dieselbe wegen Verluste am Gesellschaftsvermögen aufzulösen, die Modalitäten der Auflösung wurden jedoch einer späteren Generalversammlung vorbehalten, welche erst am 20. September 1856 stattfand. Es wurde ein Liquidationscomité bestellt, und am 31. October 1856 die Gesellschaftsfirma im Mercantilprotocoll gelöscht.

Zwischen der Maschinenfabrik und dem Schwiegersohn des J. B., dem Handelsmann V., war das Uebereinkommen getroffen, daß Letzterer die Tratten der Maschinenfabrik mit kurzer Verfallzeit, deren Verzeichniß ihm mitgetheilt worden, zu decken habe, dagegen berechtigt sein solle, für den Betrag dieser Deckung Wechsel auf die Maschinenfabrik zu ziehen, welche mit dem Accept der letzteren versehen wurden. V. hatte dieser Verabredung gemäß gegen 70,000 fl. gedeckt, und für die nämliche Summe, in Theilbeträgen auf 29 Wechsel vertheilt, auf die Maschinenfabrik gezogen. Die Zahlungen der Fabrik geriethen ins Stocken. Am 1. November 1856 klagte V. auf einen Wechsel vom 1. Juni 1856 ein Accept von 1000 Rthlr. gegen das bestellte Liquidirungscomité ein.

Dieses erhob, unter anderem, den Einwand, daß die Direction zur Acceptirung der Wechsel nach dem 11. April 1855 nicht berechtigt gewesen, und daß V. nur als Angestellter und im Auftrage des Hauses J. A. H. und Comp. gehandelt, und Wechsel auf die Fabrik gezogen habe.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Botzen, wies den Einwand zurück, weil erst mit der Einsetzung des Liquidirungscomité's die Befugnisse des Directors, namentlich zur Wechselacceptirung erloschen seien, und für die bis zum 31. October 1856, dem Tage der Löschung der Firma, eingegangenen Verpflichtungen

die Gesellschaft haften müsse. Auch sei es gleichgültig, in welcher Eigenschaft B. gehandelt habe, da J. B. berechtigt gewesen sei, die Wechsel in seiner Eigenschaft als Fabrikdirector anzunehmen.

Auf erhobene Appellation legte das Obergericht zu Inspruck dem Kläger einen Eid auf, daß er nicht als Angestellter des Hauses J. A. H. u. Comp. oder dessen Chefs J. B., im Auftrage dieses Hauses oder dessen Chefs J. B., den Wechsel auf die Maschinenfabrik gezogen habe. Im Nichtleistungsfalle wurde Kläger, vorbehaltlich seiner Ansprüche wegen der für die Fabrik geleisteten Zahlungen, mit der Wechselklage abgewiesen, denn er gelte in diesem Falle nur als Beauftragter von J. B., und müsse sich die Einwendungen gefallen lassen, welche die Gesellschaft diesem entgegensetzen dürfe. B. aber sei vom 11. April 1855 an wohl zur Fortsetzung der Fabrikdirection und zur Abwickelung der Geschäfte, nicht aber zu ausgedehnten Wechseloperationen berechtigt gewesen, deren Nothwendigkeit er nicht nachgewiesen, und die er im Interesse der Gesellschaft und in gutem Glauben nicht habe unternehmen können, weshalb es nicht angehe, daß er sich zum Nachtheil der Gesellschafter und dritter Personen als Gemeingläubiger eine künstliche Wechseldeckung verschaffe.

Auf Revision des Klägers hat der Oberste Gerichtshof zu Wien unterm 12. Mai 1857 das erstinstanzliche Urtheil wiederhergestellt, aus folgenden Gründen:

Durch den Beschluß vom 11. April 1855 sei in den Rechten der Oberdirection nichts geändert worden; bis zur Löschung der Firma sei das Haus J. H. und Comp. als Oberdirection befugt gewesen, Wechsel zu acceptiren. Der Eid sei überflüssig und unentscheidend, weil, wenn auch B. für J. B. den Namen hergegeben, und mit dessen Geld die Zahlungen geleistet hätte, doch das Accept gültig und für die Gesellschaft verbindlich wäre, da B. als Chef des Handlungshauses J. A. H. und Comp., und als Firmaführer der Gesellschaft in juristischer Beziehung als eine doppelte Person erscheine.

(Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung 1857. S. 414. 415.)

## 14.

## Wirksamkeit der von den Projectanten einer Eisenbahngesellschaft geschlossenen Verträge für die Gesellschaft *).

In Sachen Cooper Preston c/a The Company of Proprietors of the Liverpool Manchester and New Castle-upon-Tyne Junction Rail-way 5. Ho. L. Cas. 605. hat das Ober-

*) Die nachfolgenden Entscheidungen höchster Englischer Gerichtshöfe Nr. 14—19 sind entnommen aus The law magazine and law review Februar 1857. p. 418 ff. Mai 1857. p 166—168.

hans (Lord Chancellor Lord Cranworth) den auch sonst gebilligten Grundsatz anerkannt, daß die von den Projectanten einer Eisenbahngesellschaft für den Fall des Zustandekommens der Gesellschaft, z. B. mit den Adjacenten der projectirten Eisenbahn über Landabtretung, geschlossenen Verträge für die Gesellschaft verbindlich seien.

## 15.

### Statutenwidrige und betrügerische Aufnahme von Aktionären durch den Director der Gesellschaft.

**Ex parte Ginger. In The Tipperary Joint-Stock-Bank, 5 Jr. Ch. Rep. 174.**

Die Statuten der Tipperary-Joint-Stock-Bank bestimmten, daß die Käufer der von den Directoren der Gesellschaft auszugebenden Aktien erst alsdann als deren Eigenthümer anzusehen und in das Register der Aktionäre einzutragen seien, wenn sie den Kaufpreis für dieselben erlegt hätten; daß ferner jede Uebertragung von Aktien nur mit Genehmigung der Directoren geschehen dürfe.

Der Director James Sadleir trug eine Anzahl von Aktien in das Register auf den Namen des Austin Ferrall ein, und debitirte denselben für den Betrag. Ein gewisser Ginger kaufte einige dieser Aktien von Ferrall, in dem Glauben, daß dieselben dem Letzteren rechtmäßig zugehörten, und, verleitet durch betrügerischen Prospektus und falsche Bilanz, empfing er auch eine Dividende.

Er wurde später als Aktionär von den übrigen Aktionären in Anspruch genommen.

Der Kanzleigerichtshof entschied, daß er nicht hafte, theils weil er nach den Statuten gar nicht Aktionär geworden sei, theils wegen der dolosen Verleitung zum Ankauf der Aktien.

## 16.

### Betrügerische Prospekte. Aufnahme von Aktionären zur Zeit wo die Gesellschaft bereits materiell zahlungsunfähig ist.

Der Kanzleigerichtshof in **Bell's Case 22 Beav. 40:**

Wenn durch betrügerische Prospekte Personen verleitet werden, Aktien zu nehmen, so haften sie sämmtlich für die Schulden der Gesellschaft, und dürfen sich nur an die Verleiter halten. Ist dagegen eine Gesellschaft bona fide gegründet, jedoch durch Schulden und Mangel an Fonds völlig außer Stande, ihren Plan zu erreichen und nothwendig auf die Liquidation angewiesen, und es geben in dieser Lage die Directoren unter falschen Vorspiegelungen neue Aktien aus, lediglich um mit deren Betrage sich und die gegenwärtigen Aktionäre zu decken, und einen Theil der Schulden zu zahlen, so sind solche Aktionäre nicht beitragspflichtig.

## 17.

### Ausschließung eines Gesellschafters wegen verweigerter Einzahlung ausgeschriebener Beiträge zum Gesellschaftsfond.

Der Kanzleigerichtshof in Sachen **Hart c/a Clark 6. De Gex, Mac. et G. 232:**

Die Theilhaber einer Societät sind im Zweifel nicht befugt, ein Mitglied, welches die ausgeschriebenen Einzahlungen zum Gesellschaftsfond nicht leistet, ohne richterliches Urtheil von der Gesellschaft auszuschließen. Doch kann aus dem längeren Stillschweigen auf die Androhung der Ausschließung unter Umständen geschlossen werden, daß der Säumige auf seine Mitgliedschaft verzichtet. Durch richterliches Urtheil dagegen kann die Ausschließung erfolgen, weil es keinem Theilhaber gestattet sein darf, zum Nachtheil der Uebrigen fortzuspekuliren, um bei einem ungünstigen Stand des Unternehmens sich der Theilnahme zu entziehen, bei einem günstigen auf die Vortheile desselben Anspruch zu machen.

## 18.

### Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks.

Der Kanzleigerichtshof in Sachen **Jennings c/a Baddeley. 3 Kay and J., 78:**

Eine Bergwerksgesellschaft, wie jede Gesellschaft, muß auf Antrag jedes Theilhabers aufgelöst werden, sobald es sich ergibt, daß sie nicht mit Vortheil betrieben werden kann, daß also mit den gewöhnlichen Beiträgen aller Theilhaber der Zweck der Verbindung nicht erreicht werden kann.

## V. Beschränkungen der Gewerbefreiheit.

## 19.

### Beschränkungen des freien Handelsverkehrs durch Verbindungen von Fabrikanten.

In Sachen **Hilton c/a Eckersley 6 Ell. et Bl. 47** haben Queen's Bench und Exchequer Chamber entschieden:

Verbindungen von Fabrikanten, durch welche sich dieselben bei Conventionalstrafe gegenseitig verpflichten, in Betreff der Höhe des Arbeitslohns, der Arbeitsstunden, der Dauer der Annahme von Arbeit, der Arbeitseinstellung, und der allgemeinen Ordnung und Behandlung ihrer Arbeit auf 12 Monate lang sich den Beschlüssen der Majorität einer aus sämmtlichen Verbundenen zu berufenden Generalversammlung zu unterwerfen, sind Beschränkungen der Handelsfreiheit, und darum unverbindlich.

## Litteratur*).

I. **Unger.** Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere; eine civilistische Untersuchung. — Leipzig 1857. 8. 176 S.

II. **Bekker.** Die Geldpapiere (in dem Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts herausgegeben v. **Bekker** u. **Muther**. I. S. 266 — 325).

III. **Kuntze.** Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte dargestellt. — Leipzig 1857. 8. 729 S. —

Wenn die Theorie schon seit einer längeren Reihe von Jahren den Inhaberpapieren eine außergewöhnliche Aufmerksamkeit und Theilnahme zuwendet, so mag das zum Theil durch die fortwährend steigende praktische Bedeutung jenes Rechtsinstituts veranlaßt sein. Den tieferen Grund der Erscheinung finden wir aber in dem allgemeinen Standpunkt unserer heutigen Jurisprudenz überhaupt; sie will sich nicht mehr innerhalb der überlieferten Begriffe des römischen Rechts festhalten lassen; wie sie in der Behandlung dieses in sich abgeschlossenen Rechtssystemes selbst nach einem freieren Standpunkte strebt, als ihn die frühere Zeit beanspruchte, so wendet sie sich auch mit besonderer Vorliebe solchen Rechtsverhältnissen zu, welche, von den Römern noch nicht gekannt und ausgebildet, die schöpferische, neu gestaltende Kraft unserer Rechtswissenschaft herausfordern. Daß unter derartigen Rechtsverhältnissen die Inhaberpapiere eines der wichtigsten und interessantesten sind, bedarf keiner weiteren Ausführung; und wer bekannt ist mit dem ungemein starken Hang zu freier Bethätigung der Individualität, welcher die Wissenschaft unserer Tage charakterisirt, der wird

*) Die nächsten Hefte werden außer den bereits hier aufgestellten Rubriken, ein Rezensionenverzeichniß über die im Jahre 1857 erschienenen handelsrechtlichen Schriften bringen. D. H.

sich auch darüber nicht wundern, daß die Vielen, welche ihre Kräfte der Theorie der Inhaberpapiere zuwandten, vielerlei einander durchkreuzende und widersprechende Ansichten über dieselben aufgestellt haben. Mit Recht konnte Unger gleich auf der ersten Seite der Einleitung seines Werkes sagen: „Beinahe jeder Schriftsteller widerlegt die Ansichten seiner Vorgänger und stellt seine eigene Behauptung auf, um von seinem Nachfolger die gleiche Behandlung zu erfahren", ein Schicksal, das sich an ihm selbst bereits erfüllt hat. Von vier Beurtheilern, die er bis jetzt gefunden, widersprechen ihm zwei, Bekker*) und Renaud**) durchaus, der dritte, Dworzak***) weicht wenigstens in einem wesentlichen Punkt, der vierte endlich Kuntze†) in den meisten und wichtigsten Beziehungen von ihm ab; und die noch nicht einmal vollendeten Ausführungen Bekker's haben bereits von Kuntze††) einen Widerspruch erfahren. Unsere Absicht ist hier nicht auf Kritik, nur auf Berichterstattung über die drei in der Ueberschrift genannten Arbeiten gerichtet; sie zeigen so anschaulich die verschiedenen Kräfte und Richtungen, welche in der heutigen Jurisprudenz sich geltend machen, daß wir eine möglichst vollständige Mittheilung ihres Inhaltes einer kritischen Besprechung vorziehen, welche, um nicht allzu ausgedehnt zu werden, auf die Hauptsache sich beschränken, und vieles Einzelne übergehn müssen.

Unger sucht, wie schon der Titel seiner Schrift: „Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere" deutlich genug anzeigt, wesentlich das juristische Prinzip zu ergründen, welches diese Erscheinung unseres Rechtsverkehrs beherrscht, und die Auffindung und Bewahrheitung desselben bildet nicht nur, wie sich dieß freilich bei einer dogmatischen Arbeit von selbst versteht, Kern und Mittelpunkt des Ganzen, sondern die Arbeit ist damit im Wesentlichen erschöpft; in den Ausführungen über die einzelnen Rechtsverhältnisse bei Inhaberpapieren erstrebt U. unverkennbar keine Vollständigkeit; sie sind ihm vorherrschend nur Mittel für seinen Hauptzweck, Darstellung des Prinzips, das in ihnen und durch sie genauer bestimmt und bewährt werden soll. Mit dieser beschränkteren Auffassung der Aufgabe steht es auch in Einklang, daß U., ohne auf die Geschichte des von ihm behandelten Instituts einzu-

---

*) In der oben angeführten Abhandlung.

**) In der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft V. S. 397 ff.

***) In dem Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, Jahrg. 1857. S. ff. S. 262 ff.

†) In dem oben genannten Werke und in der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. IV. S. 493 ff.

††) In seinem angeführten Werke.

gehen, der Darstellung seiner eigenen Ansicht nur eine kritische Uebersicht über die sehr zahlreichen und verschiedenartigen Theorieen vorausschickt *), welche unsere heutige Jurisprudenz über die Inhaberpapiere aufzuweisen hat. Es werden dabei vier Hauptansichten unterschieden, nämlich Auffassung der Inhaberpapiere als Papiergeld, als Handelswaare, als Beweisdokument über eine unabhängig davon bestehende Obligation und „andere Ansichten"; unter die dritte Rubrik werden unter andern die Theorien Thöl's, Renaud's und Walter's, unter die vierte die von Savigny, Bluntschli und Beseler, von Gerber und von Jhering eingereiht. In sämmtlichen kritischen Bemerkungen, welche übrigens vielfach durch Feinheit und gründliches Eingehen in die Einzelnheiten der gegnerischen Ansichten sich auszeichnen, wird überall der Hauptnachdruck darauf gelegt, wie die verschiedenen Schriftsteller das Wesen der den Inhaberpapieren unterliegenden Obligatio sich dachten, namentlich in wie weit sie absichtlich und unbewußt der von dem Verfasser für maaßgebend gehaltenen Idee eines Literalkontraktes sich näherten. Erst in zweiter Linie folgen jeweils die Erörterungen über die verschiedenen Ansichten, welche zur Erklärung des Ueberganges der Forderung von einem Inhaber des Papiers auf den andern bisher aufgestellt wurden, und Einzelnes hieher Gehörige wird erst später bei Entwickelung der eigenen Ansicht des Verfassers über diesen Punkt nachgetragen **). In der überwiegenden Betonung jenes ersten Punktes, welcher von der Mehrzahl der kritisirten Schriftsteller an Bedeutung weit hinter den zweiten zurückgesetzt, von mehreren kaum und gar nicht berührt ist, liegt wohl der Grund zu der eigenthümlichen von U. gewählten Gruppirung, in welcher eine richtige Klassifizirung der bestehenden Ansichten über Inhaberpapiere schwerlich anerkannt werden kann ***).

Zur Darstellung von U.'s eigener Ansicht über die rechtliche Natur der Inhaberpapiere †) uns wendend, müssen wir vor Allem zur Charakterisirung seines Standpunktes zweierlei hervorheben. Zunächst faßt U. die Inhaberpapiere im allerweitesten Sinn; zwar gibt er nirgends eine Definition derselben und gibt auch nicht in anderer Ausdrucksweise die Voraussetzungen an, welche zur rechtlichen wirksamen Existenz eines Inhaberpapiers gefordert werden, ob z. B. die Worte „an Inhaber" wesentlich, und ob und durch welche sonstige Formeln sie erhöht werden könnten; nur gelegentlich scheint einmal ††) die Klausel: „an A. und jeden Inhaber" der Formel:

*) S. 3 — 64.

**) S. 102 ff. 109 ff.

***) Auch Kuntze in der krit. Zeitschr. S. 496 ff.

†) S. 62 — 123.

††) S. 106.

„an Inhaber" gleichgestellt zu werden. Da aber U. mehrfach Theater- Concert- Eisenbahn-Billets u. a. den J. P. beizählt und ihnen nicht blos beigesellt, sondern sogar daraus, daß sie J. P. seien, wichtige Schlüsse zieht *), so wird anzunehmen sein, daß er zu den J. P. alle Fälle rechne, in welchen über ein obligatorisches Verhältniß eine Urkunde ohne namentliche Bezeichnung des Berechtigten ausgestellt ist, sollte auch jene Urkunde über den Inhalt des Verhältnisses sich nicht aussprechen, nicht von dem Schuldner eigenhändig unterschrieben sein und dergl. Ja es scheint, daß U. sogar alle die Rechtsverhältnisse, welche er zu den J. P. rechnet, im Wesentlichen wenigstens gleich behandelt wissen will, da er keine einzelnen Arten und deren Besonderheiten hervorhebt und, wie bereits erwähnt, in seinen Ausführungen bald auf diese bald auf jene Art verweist. Gegen die weite Bedeutung, in welcher U. die J. P. nimmt, haben sich bereits Bekker**) und Renaud***) erklärt, welche beide die Eisenbahn-Billets und ähnliche Controlzeichen als Quittungen über eine geschehene Vorausbezahlung betrachten, während Kuntze, wie weiter unten mitzutheilen sein wird, zwar von einem ähnlich weiten Begriff der J. P. ausgeht, wie U., aber doch verschiedene Unterarten derselben unterscheidet, deren jede ihre rechtlichen Eigenthümlichkeiten an sich trage.

Der zweite charakteristische Zug in der U.'schen Schrift ist die durchgängige Paralelle in welche er die J. P. mit den Ordrepapieren, namentlich dem Wechsel, stellt, welch letzterer nur eine Spezies des einen Gattungsbegriffes J. und O. P. sein soll †). Ja die ganze Ausführung U.'s ist, wie er auch selbst in der Einleitung ††) andeutet, wesensentlich nur eine Uebertragung der namentlich von Liebe und Thöl über den Formalkontrakt des Wechsels aufgestellten Grundsätze auf die J. P., und der Verf. geht mehrfach auf Ordrepapiere und namentlich auch auf rein wechselrechtliche Fragen mit solcher Ausführlichkeit ein, daß er in dieser Richtung mehr und anderes leistet, als er im Titel seiner Schrift versprochen hat; so findet sich z. B. S. 79—84 eine ausführliche Erörterung über Wesen und Bedeutung des in der Tratte dem Bezogenen ertheilten Auftrags, S. 90—94 über Konversion des Wechsels wegen formeller Mängel in ein anderes Rechtsgeschäft, und die interessanten Untersuchungen, in wie weit in der Ausstellung eines J. und O. P. eine Novation enthalten sei†††), schließen sich auch wieder hauptsächlich an den Wechsel an.

*) S. 6. 89. 95. 106.

**) a. a. O. S. 271. 273. Note 1. 307. ffg.

***) a. a. O. S. 406.

†) S. 88.

††) S. 2.

†††) S. 165—172.

Wenden wir uns endlich zu U.'s Auffassung der J. P., so ist ihm das Wesentlichste an denselben, was übrigens bei den O. P. ganz eben so sich verhalte, das, daß sie Formalcontrakte seien; und zwar wird ihnen die Eigenschaft formeller Obligationen in zweifacher Hinsicht beigelegt; sie seien negativ-formell, weil bei ihnen die Verpflichtung auf dem acceptirten einfachen obligatorischen Versprechen beruhe, das unter absichtlicher Abstraktion von aller materiellen causa debendi gemacht werde, und zugleich positiv-formell, weil die Willensäusserung an eine bestimmte Form, die Schrift, gebunden sei*). „Die Ausstellung eines Ordre- und Inhaberpapiers ist demnach nichts anderes, als die Uebertragung eines abstrakten Forderungsrechtes, als die sua vi ac potestate wirkende Constituirung eines Nomen" **). Der Rechtsgrund dieser Uebertragung kann jeder beliebige sein, am häufigsten gibt der Nehmer Geld, um dafür als Gegenleistung das abstrakte Forderungsrecht zu erhalten. „Wenn z. B. Jemand bei der Kasse auf einer Eisenbahnstation ein Billet löst, um befördert zu werden, so ist dieses Geschäft nicht etwa eine locatio conductio operarum, sondern für das gegebene Geld leistet die Unternehmung das abstrakte Versprechen, den Inhaber des Billets zu befördern" ***). Ebenso erfolgt bei Ausstellung eines Schuldscheines a. J. gegen baares Geld die Hingabe des letzteren nicht credendi causa, um eine Darlehensobligation zu begründen, sondern ob causam als Gegenleistung für die Constituirung des (abstrakten) Nomen †). Gestützt wird diese Ansicht auf die Behauptung, daß man nach der Natur der Sache (negativ-) formelle und materielle Verträge zu unterscheiden habe; bei jenen werde durch die Partheien mit Bewußtsein und absichtlich das obligatorische Versprechen von seiner Causa isolirt, bei diesen nicht ††); dem Willen der Partheien wird nach heutigem Recht unbedenklich die Fähigkeit zugesprochen, die Verbindung des obligatorischen Versprechens mit der Causa aufzuheben, aus dem von Bähr (die Anerkennung als Verpflichtungsgrund) aufgestellten Grunde, weil nach römischem Recht der Wille jene Fähigkeit unzweifelhaft im Weg der Formalkontrakte gehabt habe, folgt aber, nach Wegfall der römischen Stipulationsform, welche nur conditio sine qua non, nicht causa efficiens für die Wirksamkeit des Vertrages gewesen sei, daß dem von Formen entfesselten Willen keine geringere Kraft beiwohnen könne, als dem an Formen gebundenen †††). Es kommt darnach

*) S. 85 vgl. S. 66 ffg.

**) S. 94.

***) S. 95.

†) S. 96.

††) S. 67.

†††) S. 68. — Dagegen Renaud a. a. O. S. 402.

in jedem einzelnen Falle darauf an, zu konstatiren, ob der Wille jene in sich mögliche und nach unserem positiven Recht zulässige Loslösung des Versprechens von seiner Causa vollzogen hat; ein sicheres äußeres Kennzeichen dafür gibt es nämlich seit Wegfall der römischen Stipulationsform nicht mehr. Jene Isolirung ergibt sich z. B. mit Bestimmtheit aus der Natur des Geschäftes bei den h. z. T. formlosen Bürgschafts- und Delegationsverträgen; ein besonders taugliches, im heutigen Recht vielfach benütztes Mittel zu jenem Zweck ist aber namentlich die Schrift*). Durch ihre Anwendung entstehen nicht bloß die Wechsel und kaufmännischen Anweisungen als Literalkontrakte**), sondern sie wird in viel weiterer Ausdehnung zu eben diesem Zweck benützt zur Befriedigung des modernen Verkehrsbedürfnisses nach Obligationen, welche über den Kreis der ursprünglichen Constituenten hinausreichen und an der allgemeinen Zirkulation der Vermögenswerthe gleich den Sachen und insbesondere gleich dem Gelde Theil zu nehmen im Stande sind; dieß geschieht namentlich bei allen J. und O. P., welche sonach die Literalkontrakte des modernen Rechtes sind***). — Wir bedauern, daß U. über diesen Cardinalpunkt seiner Theorie sich nicht ausführlicher ausgesprochen hat; so wie er sich ausspricht, vermissen wir die Entscheidung mehrerer wichtigeren Fragen. So scheint es, daß U. die Isolirung des Versprechens von seiner Causa, welche er unbedingt für zulässig hält, immer und in allen Fällen schon aus dem Umstande folgert, daß die Urkunde über das betreffende Verhältniß auf J. oder an O. gestellt wurde, sollte dieselbe auch eine materielle causa obligationis ausdrücklich angeben, wie dieß z. B. bei Bodmereibriefen, Versicherungspolizen, Connossementen Actien, Pfandbriefen, s. g. Staatsobligationen immer oder wenigstens sehr häufig der Fall zu sein pflegt; eine Besprechung und Erklärung dieser Verhältnisse wäre, scheint uns, zur Vervollständigung der U.'schen Theorie unentbehrlich gewesen. Anderer Seits kann die Loslösung des Versprechens von seiner Causa auch in anderer Weise erfolgen, als durch Stellung der Obligationsurkunde auf J. o. a. O. wie z. B. in dem Rektapapier und sogar ohne alle Schrift, wie in den von U. angeführten Beispielen der Bürgschafts- und Delegationsverträge. Dabei vermissen wir aber wieder ein genaues Eingehen auf die Frage, ob jene Isolirung nur auf der konkreten Absicht der Partheien im einzelnen Falle beruhe, und ob es Geschäfte gebe, in welchen sie immer ihrer Natur nach anzunehmen sei, und welches diese Geschäfte seien. Daß die Schrift für sich allein die fragliche Wirkung

*) S. 69.
**) S. 70 ffg.
***) S. 85.

nicht habe, hebt U. mehrfach hervor*); gleichwohl nimmt er bei allen, auch den rein auf Namen gestellten s. g. Staats- und Partialobligationen, wären letztere auch von Gemeinden, Corporationen und selbst einfachen Privatpersonen ausgegangen, einen Literalkontrakt ohne materielle causa debendi an, erklärt sie aber freilich auch alle für Ordrepapiere**). Ist aus der etwa auf Gewohnheitsrecht beruhenden Ordrequalität auf die Loslösung des Versprechens von seiner causa zu schließen? oder auf welchem andern Weg entsteht Gewißheit darüber, daß die nach U. unbedingt bestehende Möglichkeit, daß der Verpflichtungswille von einer materiellen causa abstrahire, zur Wirklichkeit geworden ist? — Die Auffassung der J. und O. P. als abstrakter Zahlungsversprechen fand U.***) im Gegensatz zu allen in seiner kritischen Einleitung besprochenen Schriftstellern vorbereitet bei Einert†) bestimmter hervorgehoben bei Bähr††) und ganz ausdrücklich, übrigens ohne nähere Ausführung ausgesprochen in Kuntze's älterer Schrift: „die Obligation und die Singularsuccession" †††), und sie war zur Zeit als U.'s Schrift erschien auch bereits von Hoffmann [1]) aufgestellt worden. Scheint diese Uebereinstimmung mehrerer der neuesten Schriftsteller eine entscheidende Wendung in der Jurisprudenz über Inhaberpapiere anzudeuten, so fehlt es doch anderer Seits nicht an beachtungswerthen Stimmen, welche sich bereits gegen jene Ansicht ausgesprochen haben; so hält Renaud [2]) durchaus an seiner älteren Ansicht über die Nothwendigkeit einer materiellen causa debendi [3]) fest, und Dworzak [4]) gibt die Loslösung des Versprechens von der Causa wenigstens nicht für alle Fälle von Inhaberpapieren zu.

Anlangend den Uebergang des Forderungsrechtes bei Inhaberpapieren von einem auf den andern, so bringt U. denselben nicht in innere Verbindung mit der von ihm behaupteten juristischen Natur der Inhaberpapiere; zwar hält er die „Entbehrlichkeit und Ausgeschiedenheit der speziellen Causa für die (unentbehrliche) Voraussetzung (?) der freien Begebbarkeit [5]); doch kann

*) S. 69 Note 12. S. 100.
**) S. 86. 87. 96. 97.
***) S. 98 ffg.
†) Ueber das Wesen und die Form des Literalkontrakts ꝛc. S. 77. ffg.
††) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 56. Note 8.
†††) §. 62. 65.
1) Im Archiv für Wechselrecht V. S. 257—261.
2) a. a. O. S. 402—412.
3) Zeitschr. für deutsches Recht XIV. S. 335.
4) a. a. O. S. 266.
5) S. 102.

diese letztere nach seinen Ausführungen nicht in dem Wesen der negatio-formellen Verträge, oder auch nur der einen Gattung derselben, der Literalkontrakte, liegen, wie die nach U. zu den erstern gehörigen Bürgschafts- und Delegationsverträge und das zu der zweiten zählende Rektapapier beweisen, bei welchen jene Begebbarkeit ausgeschlossen ist, und schließlich führt U. selbst die freie Uebertragbarkeit nur auf die Klausel: „an den Inhaber" zurück *). Den Erörterungen über das Princip, auf welchem der Verkehr der O. und J. P. beruht, wird gleichsam als Einleitung eine Abwehr der in neuerer Zeit in verschiedenen Wendungen und Modifikationen aufgestellten Ansicht vorausgeschickt, nach welcher bei J. P. von Anfang an nicht einer individuell bestimmten Person, sondern einer unbeschränkten Anzahl von Personen versprochen werde, die erst noch durch anderweitige Verhältnisse zu bestimmen seien. Dem gegenüber wird behauptet, der Literalkontrakt, aus welchem die Obligationen auf J. hervorgehen, werde zwischen dem Aussteller und dem (konkreten) Empfänger des Papiers geschlossen **), nach welcher Auffassung als die an sich denkbaren Formen und Mittel der Uebertragung hervorgehoben werden Zession ***), Behandlung des Forderungsrechtes als eines mit dem Papier verknüpften Realrechtes und endlich Novation. Die erste führt zu Resultaten, welche mit den anerkannten und nothwendigen Grundsätzen über J. P. in Widerspruch stehen, das zweite Auskunftsmittel wird für civilistisch unmöglich erklärt †), und so faßt U. den Uebergang der J. P. als Novation auf. Den gleichen Gedanken hatte schon früher Kuntze ††) kurz geäußert und zwar in der Art, daß er behauptete, kraft positiven Rechts sei bei J. P. mit dem Besitzwechsel Novationseffekt verbunden. U. sieht in dieser Berufung auf das positive Recht eine Erklärung mittelst des zu Erklärenden, und hält es für unrichtig und unmöglich, dem Besitzwechsel so ohne Weiteres Novationseffekt beizulegen †††); die auch nach seiner Ansicht allerdings anzunehmende Nova-

*) S. 109.

**) S. 102—108.

***) Eine Singularsuccession in Obligationen hält U. zwar für möglich, findet sie aber in der Cession, der sie also nicht entgegengesetzt werden kann. „Man kann darüber zweifeln, ob die Cession eine Singularsuccession sei: aber so viel ist gewiß, daß, wenn es eine Singularsuccession in Obligationen gibt, die Singularcession eben die Cession ist." (S. 43. vergl. S: 40. Note 4.).

†) S. 109. 110.

††) Obligation und Singularsuccession S. 258.

†††) S. 120. Note 25.

tion führt, er vielmehr auf eine Delegation zurück *). Außer dem abstracten Versprechen zu leisten, verspricht nämlich der Aussteller noch weiter, er werde mit der von dem Nehmer zu bezeichnenden Person den novirenden Vertrag abschließen **), und zwar wird in Uebereinstimmung mit dem oben Bemerkten angenommen, das Versprechen werde dem ersten Nehmer persönlich gegeben, so daß bei einer Weigerung des Ausstellers, die versprochene Novation zu vollziehen, nur der erste Nehmer oder in dessen Namen der Delegatar gegen ihn klagen könnte ***). Zur Umgehung dieser und anderer Inconvenienzen, welche durch die nach dem Begriff der Delegations-Novation gebotene jedesmalige persönliche Mitwirkung des Schuldners entstehen, dient das Auskunftsmittel, daß der Nehmer des Papiers zugleich als Stellvertreter des Ausstellers aufgefaßt wird und demnach in der Uebergabe des Papiers an einen neuen Nehmer nicht bloß seine eigene, sondern zugleich im Namen des Schuldners auch dessen Einwilligung in die Novation ausspricht. Der neue Inhaber befinde sich dann wieder in der gleichen Lage u. s. f. †). Der Unterschied zwischen J. u. O. P. besteht nur darin, daß bei den erstern die Delegation in der geschilderten Weise durch das formlose Geben und Nehmen des Papiers zu Stande kommt, während bei den letztern noch der schriftliche Akt des Indossamentes hinzutreten muß ††). Das Gesammtresultat seiner ziemlich komplizirten Theorie faßt U. †††) in den Sätzen zusammen: „In der Ausstellung eines J. o. O. Papiers liegt ein Dreifaches: ein abstractes Leistungsversprechen an den Nehmer des Papiers; das sich fortpflanzende Versprechen, dem vom jeweiligen Gläubiger bezeichneten Delegatar zu promittiren; endlich die Ertheilung einer sich fortpflanzenden Vollmacht im Namen des Schuldners mit dem Dritten den novirenden Vertrag abzuschließen. In der Uebertragung eines J. o. O. P. liegt ein Doppeltes: Die Erklärung der Einwilligung des Deleganten in die Delegation und zugleich der Abschluß des die Delegation perfizirenden novirenden Vertrags durch den Deleganten im Namen des Delegaten". Unberührt bleibt von U. die Frage, wodurch der Nehmer zum Stellvertreter des Ausstellers wird, ob durch stillschweigende, also möglicher Weise in concreto nicht vorhandene Uebereinkunft, oder unabhängig von dem Willen der Partheien kraft modernen Gewohnheitsrechtes; und unberührt bleibt ferner die unmittelbar vorher von U. selbst angeregte Schwierigkeit,

*) S. 111—122.
**) S. 112.
***) S. 114.
†) S. 114, 115.
††) S. 117—122.
†††) S. 115.

daß der Aussteller zunächst nur dem ersten Nehmer persönlich verpflichtet ist, mithin, wenn er sich weiterer Delegationen weigert, nur von diesem und Namens seiner, nicht aber von späteren Delegataren kraft eigenen Rechts gegen ihn geklagt werden kann; wenigstens hat U. es unterlassen, zu zeigen, wie aus der Vollmacht, die nach seiner Ansicht dem Nehmer durch den Aussteller ertheilt wird, ein unmittelbares eigenes Recht der späteren Delegatare hervorgehen könne. — Während U. nach dem Bisherigen in der Uebertragung der J. u. O. P. im Wesentlichen keine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln, sondern nur eine eigenthümliche Anwendung derselben sieht, kann er doch zur Durchführung seiner Theorie im Einzelnen der Hilfe positiver, speziell hierher gehörigen Rechtssätze nicht ganz entrathen. Seine Theorie führt nämlich dahin, daß der Inhaber des Papiers nur dann berechtigt ist, wenn er dasselbe durch eine zusammenhängende Reihe von Delegationen erhalten hat, deren erste von dem ursprünglichen Nehmer, die zweite von dessen Delegatar u. s. f. ausgegangen ist. Gleichwohl verschont U. den Inhaber mit dem Beweis, daß sich die Sache wirklich so verhalte, weil kraft positiven Rechtssatzes der Inhaber durch den Besitz als Gläubiger legitimirt werde. Es soll dieß keine Rechtsvermuthung sein, weil nicht von einem ungewissen Factum auf ein ungewisses Factum, sondern von einer gewissen Thatsache auf eine behauptete Berechtigung geschlossen werde; übrigens wird namentlich dem Aussteller der Gegenbeweis gestattet, der Inhaber sei bloßer Depositar und Commodatar, er habe das Papier gestohlen oder geraubt, er habe es von einem zur Delegation unfähigen Vormann, z. B. einen Wahnsinnigen erhalten u. dergl. m. Verpflichtet zu dieser Gegenbeweisführung ist aber der Aussteller nicht, d. h. wenn er bona fide an den Inhaber zahlt, ist er liberirt, sollte auch dieser Inhaber nicht der Berechtigte gewesen sein. Auch diese Entscheidung wird auf das positive Gewohnheits- und Gesetzesrecht gestützt, das aber eben so wenig wie der andere oben angeführte positive Rechtssatz weiter belegt wird *). Die U.'sche Ansicht einer auf Delegation beruhenden Novation hat bereits unbedingten Widerspruch erfahren durch Renaud **), und wenigstens gegen die Delegation, übrigens unter Anerkennung der Novation haben sich erklärt, Dworzak ***) und Kuntze †).

Nachdem die rechtliche Natur der J. P. durch die beiden Sätze bestimmt ist, sie seien Literalkontrakte ohne materielle causa debendi, und der Uebergang des Forderungsrechtes geschehe auf dem Weg einer durch

*) S. 128—132.

**) a. a. O. S. 412—415.

***) a. a. O. S. 267—269.

†) In der krit. Zeitschr. IV. S. 507 u. in seiner Lehre v. d. J. P. s. unten.

Delegation vermittelten Novation, läßt U. in dem letzten Abschnitt seines Werkes noch eine Reihe von Erörterungen über die einzelnen Rechtsverhältnisse bei J. P. folgen. Es wird dabei, wie schon oben bemerkt, keine Vollständigkeit erstrebt, sondern wesentlich nur eine genauere Ausführung der vorher aufgestellten Prinzipien bezweckt, die erst durch diese Detailerörterungen ihr volles Licht erhalten. Zunächst wird die Bedeutung des Papiers bei J. P. dahin bestimmt, es sei Bedingung der Entstehung der Obligation, ferner Bedingung der Uebertragung der Forderung durch Delegation, überdieß Beweismittel für die Entstehung der Obligation aus dem Literalkontrakt, und legitimire endlich den Inhaber als Gläubiger; dagegen sei es nicht Bedingung für das Bestehen der Obligation, mithin die Amortisation untergegangener J. P. durch die Consequenz des Rechtsverhältnisses, nicht blos aus Billigkeitsrücksichten geboten, und eben so wenig sei das Papier unerläßlich nothwendig für die Geltendmachung des Forderungsrechtes *). Unter der Ueberschrift: „Legitimation des Inhabers durch den Besitz" werden sodann die bereits mitgetheilten Sätze vorgetragen, daß der Besitzer als solcher als Gläubiger legitimirt sei, daß zwar der Aussteller den Gegenbeweis der Nichtberechtigung führen dürfe, aber durch eine in gutem Glauben geleistete Zahlung an den Inhaber liberirt werde, sollte dieser auch nicht der wahre Gläubiger gewesen sein. Die Gefahren, welchen solcher Gestalt der Forderungsberechtigte ausgesetzt ist, führen den Verfasser zu einer Untersuchung der jenem dagegen zu Gebot stehenden Mittel, und hier wird die Behauptung aufgestellt, dadurch, daß der Gläubiger, dem das Papier abhanden gekommen, den Aussteller davon benachrichtige, werde bewirkt, daß Letzterer an den zur Zahlung präsentirenden neuen Inhaber nicht zahlen dürfe, vielmehr dem Verlierer Anzeige davon machen müsse, um demselben Gelegenheit zur Prinzipalintervention zu geben; ja der Gläubiger sei, wenn er seinen früheren Besitz und den unfreiwilligen Verlust des Papieres bescheinigt habe, sogar vom Schuldner Zahlung gegen die cautio defensum iri oder die cautio indemnitatis zu verlangen befugt. Die Amortisation abhanden gekommener J. P. wird als partikularrechtlich bezeichnet **). An diese Betrachtungen schließt sich eine Untersuchung über die f. g. Vindikation der J. P. Eine wahre Vindikation wird, namentlich nach Thöl's Vorgang, für unstatthaft erklärt, weil das Papier als Sache werthlos, für den von dem Eigenthümer möglicher Weise verschiedenen Forderungsberechtigten aber von so eminenter Bedeutung sei, daß das Eigenthumsrecht an dem Papier aus dem Spiel zu lassen und der Satz aufzustellen sei: wer das Recht aus dem Papier hat, der hat auch das

*) S. 123—128.

**) S. 128—136.

Recht auf das Papier. Der wahre besitzende Gläubiger kann sich demnach gegen die Vindikation des Papiereigenthümers mit einer exceptio doli schützen, und hat, wenn er den Besitz verlor, in Folge seiner Gläubigerschaft eine Klage gegen jeden Besitzer des Papiers, weil und inwiefern derselbe nicht Gläubiger ist. Die Klage beruht also auf einem obligatorischen Fundamente, geht aber gegen jeden Dritten, ist eine s. g. actio in rem scripta. Diese Sätze in Verbindung gebracht mit der U.'schen Delegationstheorie ergeben das Resultat, daß die Klage gegen denjenigen, welcher das J. P. von einem Nichtberechtigten übrigens bona fide erworben hat, mit Erfolg angestellt werden kann, da er nur durch zusammenhängende hier nicht vorhandene Delegationen hätte Gläubiger werden können. Der Kläger legitimirt sich durch den Nachweis seines früheren Besitzes und hat überdieß die auch für den Beklagten durch dessen Besitz begründete Legitimation durch Gegenbeweis zu entkräften, daß ihm z. B. das Papier gestohlen worden, daß er es nur deponirt habe u. dergl. m. Uebrigens erkennt U. an, daß in den deutschen Gesetzgebungen eine Tendenz zur Ausschließung der Klage wenigstens gutgläubigen Erwerbern des Papiers gegenüber sich geltend mache, nur sei dieser den Verkehrsbedürfnissen entsprechende, aber der juristischen Natur des Verhältnisses widersprechende Grundsatz, der eben deßhalb positiver Sanction bedürfe, noch nicht ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht geworden *). Sehr interessant sind die Erörterungen des Verfassers über die Einreden, deren sich der Aussteller eines J. o. O. P. bedienen kann; obgleich nämlich bei denselben absichtlich von einer materiellen causa debendi abstrahirt wird, so übt doch zur glücklichen Vermeidung eines rohen und hölzernen Formalismus der Bestand des materiellen Verhältnisses einen wichtigen Einfluß auf die Wirksamkeit der formellen Obligation, indem diese aus Mangel der causa mit der exceptio doli oder die condictio sine causa angefochten werden kann. Doch ist dieses Anfechtungsrecht streng persönlicher Natur, mithin, wie schon nach röm. Recht dem Delegatar, so nach heutigem dem späteren Nehmer oder Indossatar gegenüber nicht begründet. Diese Grundsätze werden an einer Reihe einzelner aus dem römischen Recht entlehnter Fälle erörtert und damit sehr gewichtige Argumente für die bekanntlich bestrittene Ansicht geliefert, daß namentlich die except. S. c. Maced. und Vellej. wenigstens dem ersten Nehmer eines J. o. O. P. entgegengesetzt werden könne. Die Einrede, welche dem jetzigen Inhaber gegenüber begründet sind, läßt U. alle unbedingt zu, namentlich auch die von Manchen für unstatthaft gehaltene Compensationseinrede **). — In dem Abschnitt von der Zahlung versucht U. hauptsächlich eine eigenthümliche Begründung des bekannten Satzes, daß der

*) S. 136—148.

**) S. 148—159.

Schuldner durch Zahlung nur dann liberirt werde, wenn ihm das Papier zurückgegeben oder vernichtet, oder wenigstens die geschehene Zahlung auf demselben bemerkt worden sei. Der Grund dieses Rechtssatzes soll darin liegen, daß der Aussteller dem Nehmer die Vollmacht ertheilt habe, Namens seiner den novirenden Vertrag abzuschließen und daß diese Vollmacht Dritten gegenüber so lange nicht für widerrufen gelten könne, als dieß nicht aus dem Papier selbst ersichtlich sei *). Eine sehr sorgfältige Erörterung widmet sodann der Verf. der Frage, inwiefern das Geben eines auf eine Geldsumme lautenden J. o. O. P. für eine bereits bestehende Geldschuld eine (privative) Novation derselben bewirke, indem die verschiedenen hier möglichen Fälle getrennt untersucht und entschieden werden **), und zum Schluß endlich wird in wenigen Sätzen die Behauptung ausgeführt, daß auch Privatpersonen befugt seien, ohne Staatsgenehmigung J. P. auszustellen, da in denselben nicht sowohl eine Abweichung von den Regeln des gemeinen Civilrechts, als vielmehr nur eine eigenthümliche Anwendung derselben enthalten sei. Das Verbot, nicht die Gestaltung der J. P., setze ein besonderes Gesetz voraus ***).

Auf völlig anderem, ja geradezu entgegengesetztem Standpunkt wie U. steht Bekker in seinem Aufsatz über Geldpapiere. Dieser Gegensatz ist zunächst ein äußerlicher, indem B., wie schon der Titel seiner Abhandlung anzeigt, den zu untersuchenden Gegenstand anders und zwar wesentlich enger abgrenzt als U.; während dieser nur von einer gleichmäßigen Berücksichtigung aller mit der Inhaberklausel vorkommenden Urkunden eine richtige Lösung des Problems erwartet, hält B. umgekehrt eine Unterscheidung der verschiedenen Arten dieser nur in äußern Beziehungen einander ähnelnden Papiere für nothwendig, um zu richtigen Resultaten zu gelangen †). Wichtiger noch ist der innere Gegensatz zwischen beiden Schriftstellern, von welchen U. möglichst genau an die im römischen Recht festgestellten Begriffe sich anschließt, während B. wenigstens für die von ihm behandelte Art der J. P., die Geldpapiere, den Vorrath römischer Rechtsbegriffe und Rechtsregeln für schlechthin ungenügend erklärt ††), dem entsprechend in seinen kurzen kritischen Erörterungen über abweichende Ansichten nur zwei Hauptgruppen, eine romanisirende (Savigny, Renaud, Unger, Thöl) und eine von dem römischen Recht sich lossagende (Bluntschli, Beseler, Gerber,

*) S. 160—165. s. dagegen Kuntze in der krit. Zeitschr. IV. S. 508—510.

**) S. 165—172.

***) S. 172—175.

†) S. 271, 273 Note 1 S. 308.

††) S. 268—270.

Ihering) unterscheidet *), und die unvermeidliche selbstständige Construktion mit Hilfe der einzelnen bereits feststehenden Sätze über J. P., und, wo diese nicht ausreichen, durch Berücksichtigung der ökonomischen Natur derselben unternommen wissen will **). Zur Vervollständigung der Gegensätze zwischen B. und U. bemerken wir endlich noch, daß Ersterer die eigenthümliche Art, wie das im Geldpapier gelegener Forderungsrecht von einem von dem andern übergeht entschieden als den wichtigsten Punkt auffaßt, und auf die von U. vorangestellte Frage, ob hier ein materieller oder ein Formalkontrakt vorliege, in dem bisher veröffentlichten Theil seiner Arbeit gar nicht eingegangen ist, und nach der bereits mitgetheilten Uebersicht über das Folgende diesem Punkte jedenfalls nur eine untergeordnete Beachtung zugedacht zu sein scheint. B. theilt nämlich seine gesammte Arbeit in folg. 7 Abschnitte: I. Ueberblick der verschiedenen Ansichten von der rechtlichen Natur der J. P.: II. Entwickelung der eigenen Ansicht; III. Umgrenzung des Gebiets, auf das diese Anschauung zu beziehen ist; IV. die Herstellung der Geldpapiere; V. die rechtliche Stellung des Inhabers; VI. die einzelnen auf Geldpapiere bezüglichen Rechtsgeschäfte; VII. die Aufhebung der rechtlichen Wirksamkeit dieser Papiere. Bis jetzt sind nur die drei ersten Abschnitte veröffentlicht. In den kritischen Untersuchungen des ersten, welche bereits die umfassendere Arbeit U.'s vor sich hatten, ist noch weniger als bei diesem nach erschöpfender Vollständigkeit oder gar dogmengeschichtlicher Darstellung gestrebt. Nur der bereits bezeichneten Schriftsteller wird ausdrücklich gedacht und auch unter ihnen nur bei dreien, Thöl, Gerber und Ihering etwas ausführlicher verweilt. In unserem weiteren Referat stellen wir den III. Abschnitt, welcher den zu behandelnden Gegenstand bestimmt, dem II. voran, in welchem das leitende Prinzip entwickelt wird. Zu den Geldpapieren rechnet B. diejenigen, meist, aber nicht nothwendig auf eine Geldsumme lautenden J. P., welche dem lebhaftesten Verkehr bestimmt sind, deren Nutzen weniger darin besteht, daß sie dereinst gegen den Schuldner zu realisiren, als darin, daß sie in jedem Augenblick beliebigen Dritten gegenüber zu verwerthen sind ***). Darnach werden als nicht hieher gehörig ausdrücklich bezeichnet: Lotterieloose, Eisenbahnbillets und Postscheine, Theater- und Concertbillets, Einlaßkarten zu andern Vorstellungen, Eß- und Trinkkarten u. a. †). Zweifelhaft erscheine die Natur derjenigen s. g. Partialobligationen, bei welchen der Darlehnsgeber eine Hauptobligation auf seinen Namen erhalte und dann Partialobligatio-

*) S. 272—288.

**) S. 270—271.

***) S. 307.

†) S. 308 u. 309.

nen a. J. ausstelle und begebe; doch werden diese Obligationen aus dem Bereich der eigentlichen Geldpapiere ausgeschlossen, namentlich mit Rücksicht auf den fortwährend als Mittelsmann thätigen Darlehnsgeber und Emittenten der Partialen. Die Stellung der letztern a. J. macht sie nur einer freien, nicht dem römischen, wohl aber unserem heutigen Recht bekannten Cession fähig, deren rechtliche Existenz und Natur nachzuweisen einer andern Gelegenheit vorbehalten wird. Die Partialen-Inhaber gelten demnach als Cessionare, Gegenbeweis jedoch vorbehalten, d. h. der Inhaber ist in der That nur dann berechtigt, wenn er das Papier unmittelbar von dem ersten Nehmer oder mittelbar durch eine ununterbrochene Reihe von Rechtsgeschäften erhalten hat; Einreden ex persona cedentis und aus der l. Anastasiana sind aber nicht zulässig *). Zu den Geldpapieren werden zunächst gerechnet die zinstragenden Staatsschuldscheine, Renten- und Pfandbriefe, Schuldverschreibungen industrieller Verbindungen **), ferner Zinskoupons und Banknoten, bei denen aber auch eine andere juristische Behandlung denkbar wäre, bei erstern, weil bei ihnen auf alsbaldige Einlösung am Verfalltermin gerechnet wird, ohne daß sie als selbstständige Verkehrsstücke zu dienen bestimmt sind, bei den zweiten, weil sie nicht durch die Aussicht auf Zinsen, sondern nur durch den Vortheil, ein so gern genommenes Tauschmittel in Händen zu haben, von der alsbaldigen Rückkehr zu den Ausgeber abgehalten ab- und im Verkehr erhalten werden; deßhalb könnten sich eigenthümliche Normen über den Verkehr mit denselben bilden, was aber bis jetzt nicht geschehen ist ***). Endlich wird auch das eigentliche Papiergeld zu den Geldpapieren gerechnet, weil und inwiefern eine Einlösungspflicht bestehe; daß es daneben auch die rechtliche Eigenschaft von Geld habe, hebe den Charakter eines Geldpapiers nicht auf: das Wesen des Geldes aber wird darein gesetzt, daß es nöthigen Falls selbst gegen den Willen des Gläubigers zur Zahlung einer auf Geldwerth gehenden Schuld benutzt werden kann, im Gegensatz zur datio in solutum, daß durch Weigerungsannahme der Gläubiger in mora versetzt und der Schuldner zur gerichtlichen Deposition befugt und durch dieselbe liberirt wird. Was Geld in diesem Sinne sein soll, bestimmt der Staat; er kann diese Eigenschaft wie Metallstücken, so auch Geldpapieren beilegen, mit Zwangskurs, so daß sie als Geld nach ihrem Nominalwerth, und ohne Zwangskurs, so daß sie zwar auch als Geld, aber nur nach ihrem Tageskurs angenommen werden müssen †). —

*) S. 809—813.

**) S. 814.

***) S. 815.

†) S. 816—825. U., welcher bei Widerlegung der Ansicht, die J. P. seien eine Art Papiergeld, auf das rechtliche Wesen des Geldes überhaupt zu spre-

Im Uebrigen hält B. eine vollständige Aufzählung aller J. P., die Geldpapiere oder nicht Geldpapiere seien, nicht für nöthig — es genüge an Feststellung des entscheidenden Kriteriums — ja nicht einmal für möglich, da über Nacht neue gleichgeartete Gebilde entstehen könnten. So bleibt z. B. die wichtige Frage ungelöst, wohin die Actien a. J. gehören; B. scheint sie zu den Nichtgeldpapieren zu rechnen, lehnt aber eine bestimmte Entscheidung ausdrücklich ab, weil diese von der noch nicht feststehenden rechtlichen Natur der Actiengesellschaft abhänge *).

Die juristische Natur der Geldpapiere wird von B. dahin bestimmt, daß bei denselben das Papier selbst als Subject des Forderungsrechtes erscheine und der jeweilige Inhaber nur dieses willens- und handlungsunfähige Subject vertrete, ohne selbst Gläubiger zu sein. Dieses Vertretungsrecht, auch jus possessionis genannt, wird erworben durch gutgläubigen Besitzerwerb des Papiers, verloren durch freiwillige Besitzaufgabe oder aber dadurch, daß ein Dritter wider den Willen des früheren Besitzers bona fide den fraglichen Besitz hier sich erwirbt **). Wenn übrigens das Papier zum Subject des Forderungsrechtes erklärt wird, so soll damit nichts anderes gesagt sein, als das letztere sei an das erste als Bedingung seiner Existenz in der Art geknüpft, wie zur Existenz eines Rechts ein Subject vorausgesetzt wird, ein weiteres Subject als das Papier ist nicht anzunehmen, wodurch sich also die Geldpapiere z. B. wesentlich von den Prädialservituten unterscheiden ***). Das Wesentliche der Ansicht wird nur darein gesetzt, daß, wer als Inhaber des Papiers Zahlung zu verlangen berechtigt ist, nicht als wirklicher, auch nicht als präsumtiver Gläubiger erfaßt werde, und daß das Papier als dasjenige gelte, von dem die Fortdauer des vorhandenen Rechts abhänge, und das allein die Befugniß zur Ausübung des Rechtes geben könne. So könnte auch von denjenigen, welche die Möglichkeit der

---

chen kommt, bestimmt dasselbe ähnlich wie B., er weicht aber darin von diesem ab, daß er den Staat zur Einlösung des P. G. nicht juristisch, sondern nur „finanziell" für verpflichtet hält; mit dem P. G. sei kein Forderungsrecht verbunden, dasselbe vielmehr wie Metallgeld lediglich Sache, und darum nicht den J. P. beizugesellen. Dagegen hält U. die reine Sacheneigenschaft des Geldes, obgleich er sie zunächst unter dessen Kriterien anführt, doch nicht für wesentlich, zählt vielmehr auch die Banknoten, bei denen er ein Forderungsrecht anerkennt, zu dem Geld. (S. 6 ff.)

*) S. 314.

**) S. 292. 293.

***) S. 296—298.

Existenz eines Rechtes ohne Subject behaupten, die Formel dahin gefaßt werden, bei Geldpapieren handle es sich um eine Forderung, die eigentlich ohne Gläubiger bestehe, die aber, so lange das Papier existire, behandelt werde und realisirt werden könne wie die Forderung eines Gläubigers und zwar von dem, welchen das Papier nicht etwa zum Gläubiger, sondern zum Vertreter des nicht vorhandenen Gläubigers mache*). Als Gründe für seine Ansicht macht B. zunächst die einzelnen über Geldpapier feststehenden Rechtssätze und dann die ökonomische Natur derselben geltend, wodurch die Möglichkeit jeder andern Auffassung ausgeschlossen werde. Zu jenen werden namentlich die Sätze gerechnet, daß die Ansprüche des gegenwärtigen Inhabers wegen der Rechtsverhältnisse der Vorinhaber in keiner Weise verkümmert werden dürfen, daß namentlich der gutgläubige Besitzer berechtigt ist, auch wenn er von einem Unberechtigten erworben hat, und, was damit in Zusammenhang stehe, ihm gegenüber die Vindikation des Papiers ausgeschlossen ist**). Daraus wird gefolgert, daß der Uebergang des Forderungsrechtes bei Geldpapieren auf keinerlei Art von Succession beruhen könne. Als feststehend werden ferner die Sätze angenommen, daß Confusion oder Dereliction des Papiers die Obligation nicht aufheben, daß der Inhaber nur die Zahlung zu fordern und anzunehmen befugt sei, im Uebrigen aber über die Forderung an sich nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar durch Einwirkung auf das Papier, wie jeder Dritte auch, verfügen könne, und daß nur die auf dem Geldpapier vermerkte Zahlung, keine andere, Aufhebung der Schuld bewirke***); aus allem dem gehe hervor, daß der Inhaber nicht selbst Gläubiger sei und daß das Papier über das Schicksal der Forderung, Sein oder Nichtsein desselben entscheide. Endlich wird als ein zwar von den Meisten widersprochener, aber durch die ökonomische Natur der Verhältnisse mit Nothwendigkeit gebotener Satz hingestellt, die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse der Geldpapiere nähmen ihren Anfang schon mit vollendeter Herstellung, nicht erst mit der Verausgabung, der Aussteller habe also das ihm gestohlene, aber von einem gutgläubigen Besitzer präsentirte Papier einzulösen, eine unentbehrliche Voraussetzung, um dem Papier sein Lebenselement, den Credit, zu bewahren; der Inhaber müsse sicher sein, keinen andern als den aus dem Papier ersichtlichen Einreden ausgesetzt zu sein, ob dasselbe aber ursprünglich gestohlen worden, könnne man ihm nicht ansehen†). Die Folgerungen aus diesen Sätzen sind die gleichen wie bei den

---

*) S. 305. 306.

**) S. 290. 291 vergl. S. 276. 277. — Siehe dagegen Unger S. 140—146. — Kuntze Lehre von den Inhaberpapieren S. 676 ff.

***) S. 291. vgl. 275. 285. 293.

†) S. 291. vgl. 288—290. Nach U. entsteht die Verbindlichkeit des Aus-

oben zuletzt besprochenen. — B. begnügt sich aber nicht damit, seine Auffassung als das nothwendige Resultat, bezüglich als die einzig mögliche, aber auch genügende Erklärung der eben mitgetheilten Sätze hinzustellen, die theils unbestritten, theils wenigstens nicht mit Erfolg bestreitbar*). seien: sondern er sucht auch direct die innere Möglichkeit und Wahrheit seiner Ansicht darzuthun. Zu diesem Zwecke wird zunächst in längerer Erörterung ausgeführt, daß Sachen, wenigstens in der von ihm angenommenen beschränkten Weise, Subjecte von Rechten sein könnten**), und schließlich werden analoge, im positiven Recht anerkannte Fälle namhaft gemacht; hierher gehören namentlich die act. pluv. arc., sofern sie nach einer zwischenliegenden Confusion oder Dereliction von dem neuen Besitzer gegen den Anleger des schädlichen Werkes als solchen (wegen der Anlage nicht wegen des Bestehens des Werkes) auf Wegnahme und Entschädigung gerichtet werden dürfe, was freilich zweifelhaft sei***); und hierher wird ferner der Fall gerechnet, wenn ein Realrecht in ein Grundbuch eingetragen worden, welches durch Dereliction des herrschenden Grundstückes oder Konfusion wenigstens nach denjenigen Partikularrechten nicht untergehen könne, nach welchen auch eingetragene Hypotheken durch Confusion nicht erlöschen; jenes Realrecht stehe demnach nicht einer Person, sondern wirklich dem Grundstück selbst zu†). — Daß B. die Detailausführung seiner Ansicht noch nicht mitgetheilt hat, ist bereits bemerkt.

J. Jolly.

(Fortsetzung folgt††).

---

stellers erst durch den Begebungsvertrag; ist ihm aber gegen seinen Willen jedoch unter eigenem Verschulden das ausgefertigte J. o. D. P. abhanden gekommen so haftet er dem Dritten gutgläubigen Besitzer eine positivrechtliche (wirklich gemeinrechtliche oder nur öfter vorkommende?) Begünstigung dieses Dritten im Interesse des Verkehrs mit J. o. D. P. (S. 125. Note 8.)

*) S. 293 — 295.

**) S. 296 — 302.

***) S. 302 u. 303.

†) S. 304.

††) Die Fortsetzung, welche die Monographie von Kuntze behandelt, folgt im nächsten Heft.

D. H.

IV. Julius Herrmann Beschorner, königl. Sächs. Finanzprocurator und Rechtsanwalt in Dresden. Das Deutsche Eisenbahnrecht, mit besonderer Berücksichtigung des Aktien- und Expropriationsrechtes. VIII. 319 S. 8. Erlangen 1858. Ferdinand Enke.

Nach dem Vorgang Englischer und Französischer Juristen beginnt man auch in Deutschland die auf die Verhältnisse der Eisenbahnen bezüglichen Rechtsregeln systematisch geordnet darzustellen. Der Nutzen solcher Arbeiten ist einleuchtend. Für den Geschäftsmann, den Advocaten, den Verwaltungsbeamten sind sie willkommene Handbücher, dem Gesetzgeber und Staatsmann vermögen sie die Lücken wie die Mängel des bestehenden Rechts aufzuweisen. Auch der Wissenschaft können sie dienlich sein, indem sie eine große Zahl von Instituten des öffentlichen und des Privatrechts unter einem praktischen Gesichtspunkt verbinden, und so nicht allein deren gegenseitige Beziehungen aufhellen, sondern auch auf bisher unbeachtete wirthschaftliche wie juristische Seiten derselben aufmerksam machen. Selbstverständlich indessen wird sich ein solches Werk auf diejenigen Rechtsinstitute beschränken müssen, welche in diesem Zusammenhang eine eigenthümliche Seite darbieten, und soweit dieses der Fall ist.

Das erste Werk dieser Art ist das Preußische Eisenbahnrecht von August Bessel, Advocat Anwalt am Rheinischen Appellationsgerichtshofe zu Cöln und Eduard Kühlwetter, Regierungsassessor und Specialdirector der Cöln Mindener Eisenbahngesellschaft. Th. I. Cöln 1855. Th. II. Cöln 1857, welches in 14 Capiteln die Lehre von der Begründung der Eisenbahngesellschaften; von dem Grunderwerbe und der vorübergehenden Benutzung fremder Grundstücke; von den Verpflichtungen der Eisenbahngesellschaften den an die Bahn angrenzenden Eigenthümern gegenüber; von dem Bau der Bahn; von der Organisation der Verwaltung; von dem Betrieb der Eisenbahnen; von den auf das Eisenbahnwesen bezüglichen Strafgesetzen; von dem Verhältniß der Eisenbahngesellschaften zur Postverwaltung; über das Verhältniß der Eisenbahngesellschaften zur Militärverwaltung; von dem Tarif der Eisenbahnen und dem Concurrenzbetrieb auf denselben; von den Rechtsverhältnissen des Transportgeschäfts; von der Besteuerung der Eisenbahnen; von den Amtsbefugnissen der Aufsichtsbehörden den Eisenbahngesellschaften gegenüber; von dem Eisenbahnaktienwesen behandelt. Mit großem praktischen Takt sind hier überall die unmittelbar für das Eisenbahnwesen erheblichen Rechtsregeln in engem Anschluß an die reichhaltige Preußische Gesetzgebung, Rechtsprechung und die zahlreichen Erlasse der Verwaltungsbehörden dargestellt und einer umsichtigen Kritik unterworfen.

Der Verfasser des vorliegenden Buches hat sich eine größere Aufgabe

gestellt. Er will ein Deutsches Eisenbahnrecht darstellen, ungeachtet er sich nicht verhehlt, daß gerade auf diesem Gebiet die wünschenswerthe Einheit des Rechts noch lange nicht erzielt ist, und „durch die Darstellung und Vergleichung der verschiedenen Gesetzgebungen Deutschlands in Bezug auf das Eisenbahnwesen und die praktischen Erfahrungen, die man mit dieser oder jener gesetzlichen Bestimmung und Einrichtung gemacht," nur „die allmähliche Einheit und Gleichmäßigkeit des Eisenbahnrechts in Deutschland angebahnt werden" soll.

Bei dieser Sachlage war es allerdings nicht leicht zu vermeiden, daß der gemeinrechtliche Standpunkt, namentlich im Gebiet des öffentlichen Rechts, nicht durchweg strenge festgehalten werden konnte, nur daß uns nicht selten Grundsätze begegnen, welche dem einen oder dem andern unter den vielen sorgsam benutzten und zusammengestellten Partikulargesetzen und Gesellschaftsstatuten entnommen, schwerlich auf subsidiäre Geltung Anspruch haben; daß andererseits der Verfasser sich mehrfach damit begnügt, statt seine eigene Ansicht darzulegen, auf eine partikularrechtliche oder statutarische Bestimmung zu verweisen.

Der reiche Inhalt, für den im Einzelnen wohl eine strengere Gliederung erwünscht gewesen wäre, zerfällt in 8 Abschnitte: Abtheilung 1. Von den Concessionsbedingungen der Erbauung von Privateisenbahnen (S. 1—19). Abtheilung 2. Ueber die Entstehung der Eisenbahngesellschaften durch Aktienvereine. Aktienrecht. Organisation der Vereine. Statuten (S. 19—91). Abtheilung 3. Ueber die Zwangsabtretung des Grundeigenthums zum Zweck der Anlegung von Eisenbahnen (Zwangsenteignung, Expropriation) (S. 92—188). Einen großen Theil dieses Abschnitts nehmen die wörtlich abgedruckten Expropriationsgesetze von Preußen, Bayern, Sachsen-Weimar-Eisenach und Hannover ein. Abtheilung 4. Strafgesetzliche Bestimmungen in Bezug auf Eisenbahnen und Telegraphen (S. 189—201). Abtheilung 5. Polizeirecht der Eisenbahnen und der Telegraphen (S. 202—234). Vollständig mitgetheilt sind die Preußische Verordnung vom 21. December 1846 und das Preußische Circularrescript vom 27. Juli 1850. Abtheilung 6. Ueber den Betrieb der Eisenbahnen, die Transportbedingungen und das rechtliche Verhältniß der Eisenbahnanstalten zu denen, welche sich derselben bedienen (S. 235—287). Abtheilung 7. Das Eisenbahnwesen in seiner Beziehung zur Besteuerung, zum Zollwesen, zur Post und zur Militärverwaltung (S. 288—296). Abtheilung 8. Telegraphenwesen (S. 297—311). S. 299—310 ist ein wichtiges Urtheil des Königlichen Landgerichts zu Cöln vom 29. Juli 1856 über einen durch die fehlerhafte Beförderung einer telegraphischen Depesche entstandenen Schaden mitgetheilt. —

Von diesen 8 Abschnitten gehören die meisten dem Gebiet des öffentlichen Rechts an. Wir beschränken uns daher, dem Zweck dieser Zeitschrift

entsprechend, auf einige Bemerkungen über den zweiten und den sechsten, welche dem Handelsrecht angehören.

Daß der Verfasser das gesammte Recht der Aktiengesellschaften in den Kreis seiner Erörterungen gezogen hat, scheint uns ein entschiedener Mißgriff. Eisenbahnunternehmungen können ausgehen vom Staat, von Einzelnen, von Gesellschaften. Sind die letzteren in Form der Aktiengesellschaften constituirt, so unterliegen sie den für diese geltenden Regeln, der Gegenstand des Unternehmens macht hier keinen Unterschied. Zweckmäßiger hätte der Verfasser, wie Bessel und Kühlwetter gethan, sich darauf beschränkt, die bei Eisenbahnaktiengesellschaften besonders wichtigen Punkte aus der Theorie der Aktiengesellschaft, z. B. über die Zusammensetzung des Vorstandes, die Beamten u. dgl., allein darzustellen. So ist mehr als nothwendig gegeben, und dies doch in keiner Weise erschöpfend. Es wird geklagt, daß die Wissenschaft sich des reichen Stoffes noch nicht hinreichend bemächtigt habe — und allerdings besitzen wir noch keine erschöpfende und dem Standpunkt der heutigen Wissenschaft entsprechende Monographie — aber die Erörterungen Thöl's und Brinckmann's in ihren Lehrbüchern des Handelsrechts, und insbesondere der gründliche und geistvolle Aufsatz Jolly's (Zeitschr. für Deutsches Recht XI. S. 317—449) werden völlig ignorirt. Auf S. 44 wird aus Pöhls (Recht der Aktiengesellschaften 1842) mitgetheilt, daß England nur einzelne spezielle Bestimmungen habe — allein seit dem Jahre 1844 herrscht dort eine überaus rege legislative Thätigkeit, welche zunächst in der sehr umfassenden Akte vom 14. Juli 1856 ihren Abschluß gefunden hat. Der Verfasser hat es nicht selten unterlassen, was in einem praktischen Handbuch besonders störend ist, die leitenden Prinzipien sicher aufzustellen, und deren nothwendige Consequenzen zu ziehen. Nach §. 23 ist die Aktiengesellschaft juristische Person, und doch soll die Aktie als ein intellectueller Antheil vom Capitalvermögen betrachtet werden — ein Satz, der freilich durch das gleich Folgende auf das reducirt wird, was mit einer juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft allein verträglich ist. Ob eine Aktiengesellschaft zu ihrer Entstehung gemeinrechtlich der Regierungsgenehmigung bedürfe, wird §. 30 nicht festgestellt, sondern nur bemerkt, daß in der Regel solche verlangt werde. S. 48 wird bemerkt, die Aktiengesellschaft sei ähnlich der Römischen societas und universitas, aber keines von beiden. Daß sie nicht universitas sei, soll der Satz beweisen, eine universitas hafte dritten Personen unbeschränkt — allerdings aber doch nur mit ihrem Vermögen, das Sondervermögen ihrer Mitglieder steht außer Betracht.

Die praktisch so wichtige Frage nach den Rechten und Verbindlichkeiten des ersten Zeichners und des späteren Erwerbers einer Aktie gegenüber der Gesellschaft wird an verschiedenen Stellen erörtert, aber wir gewinnen nirgends ein klares Resultat. Ein Unterschied zwischen Interimsscheinen und Quittungsbogen (§. 32. 33) dürfte nicht anzunehmen sein.

Die lex commissoria gegen säumige Aktionäre findet gemeinrechtlich nicht schlechthin (§. 35), sondern nur insofern statt, als die Statuten sie androhen. Der Reservefonds (§. 41) wird häufig vorweg abgezogen, so daß nur der Ueberschuß als Dividende ausgezahlt wird. Schiedsrichterliches Verfahren (§. 44) tritt nur da ein, wo die Statuten oder freiwillige Uebereinkunft das bestimmen Für Frankreich ist das ältere Recht (Cod. de comm. art. 51 ff.) durch das Gesetz vom 17. Juli 1856 aufgehoben. —

Der sechste Abschnitt enthält Erörterungen über die rechtliche Stellung der Eisenbahnverwaltungen zu denjenigen, welche sich ihrer als Transportanstalten bedienen, behandelt also, was durchaus in der Ordnung ist, die Lehre vom Fracht- und Speditionsvertrag in spezieller Beziehung auf den Eisenbahnbetrieb; desgleichen die Lehre von den durch diesen herbeigeführten außercontractlichen Beschädigungen. Die Mittheilung des wichtigen Vereins-Reglements Deutscher Eisenbahnen für den Güterverkehr vom 1. December 1856, nebst dem dazu gehörigen Frachtbrief, ist sehr erwünscht. Einzelne Behauptungen sind gemeinrechtlich wohl schwerlich haltbar, z. B. daß der Frachtführer auch für die Zwischenfrachtführer hafte, sofern solche vom Versender nicht ausdrücklich vorgeschrieben waren. Goldschmidt.

---

## V. Kurze Anzeigen.

### 1) Röllner. Die Deutschen Einheitsbestrebungen im Sinne nationaler Gesetzgebung und Rechtspflege. 282 S. 8. Leipzig 1857.

Soweit diese Schrift uns hier interessirt, enthält sie weder neue Gedanken, noch theilt sie neue Thatsachen mit. Ob der löbliche Wunsch des Verfassers, Deutschland eine einheitliche Gesetzgebung und Rechtsprechung zu sichern, ohne die von ihm anempfohlenen Mittel nicht realisirt werden kann, und inwieweit diese Mittel mit dem bestehenden Bundesstaatsrecht und dem Verfassungsrecht der Einzelstaaten verträglich sind, kann hier nicht geprüft werden. Bemerkenswerth sind nur die S. 269—282 abgedruckten „Aktenstücke der Bundesversammlung, betreffend die Einführung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs," welche vom ersten Antrag Bayern's bis zu den Beschlüssen der Bundesversammlung vom 18. December 1856 gehen.

### 2) Hamburger Handels-Archiv. Sammlung der auf Schifffahrt und Handel bezüglichen Hamburgischen Verträge, Verordnungen und Bekanntmachungen. XXI. u. 334 S. 8. Hamburg 1857. Nolte und Köhler.

Die vorliegende gutgeordnete, durch Inhaltsverzeichnisse und sorgfäl-

lige Register sehr brauchbare Sammlung, deren erstes und zweites Heft bereits 1855 erschienen sind, enthält alle bis Ende Juni 1857 in Hamburg in Kraft bestehenden Gesetze, Verträge, Gegenseitigkeitserklärungen, Verordnungen, Bekanntmachungen und Usancen, welche auf Handel und Schifffahrt Bezug haben. Ausgeschlossen sind nur die Elbschifffahrtsverträge und die damit zusammenhängenden sonstigen Erlasse, die Acciseverordnung vom 4. December 1856, die Assecuranz- und Haverei-Ordnung vom 10. September 1731, und die Neue Fallitenordnung vom 31. August 1751, nebst ihren Ergänzungen bis zum Jahre 1828. Für auswärtige Leser wäre die Aufnahme namentlich der beiden letzten Verordnungen wünschenswerther gewesen, als der Abdruck der ohnehin in Jedermanns Besitz befindlichen Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. Besonders erwünscht ist die Mittheilung der sonst nur schwer zugänglichen von der Commerz-Deputation bekannt gemachten Börsen-Usancen S. 149—163. 334.

Werden dieselben von den Hamburgischen Gerichten als zu Recht bestehend anerkannt?

3) Dr. Heinrich Thöl, Professor zu Göttingen. Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. XXXII. u. 375 S. 8. Göttingen 1857. Dieterichsche Buchhandlung.

Eine systematisch geordnete, äußerst reichhaltige Auswahl von Entscheidungsgründen aus den noch immer ungedruckten handelsrechtlichen Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck aus den Jahren 1821—1836, welche der verehrte Verfasser im Jahre 1836 für seine wissenschaftlichen Zwecke angelegt hat. Das Thatsächliche ist gar nicht oder nur soweit zum unmittelbaren Verständniß der mitgetheilten Rechtssätze unumgänglich erforderlich schien, angegeben. Das lebendige Colorit des Rechtsfalls geht dadurch nicht selten verloren, doch beeinträchtigt das den hohen Werth der nach anderen Gesichtspunkten angelegten Sammlung nicht.

4) Dr. G. M. Kletke, Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands, in Handels-, See- und Wechselrechts-Streitsachen, bis zu Ende des Jahres 1856. XXXIII. u. 290 S. 8. Erlangen 1857. Ferdinand Enke.

Dazu: Erste Fortsetzung XIX. u. 160 S. 8. 1857.

Die vorstehende Sammlung incl. Fortsetzung umfaßt 1121 Nummern, und ist aus den überaus zahlreichen Sammlungen der Entscheidungen Deut-

scher Gerichtshöfe entnommen, welche die gegenwärtige Regsamkeit unserer Praxis in erfreulichster Weise bekunden. Der Titel ist insofern nicht ganz richtig, als der Herausgeber — woraus wir ihm natürlich keinen Vorwurf machen — auch die Entscheidungen vieler Gerichte erster und zweiter Instanz aufgenommen hat. Es erscheint das um so wünschenswerther, als das verdienstliche Seuffert'sche Archiv sich consequent und seiner Anlage entsprechend auf die Präjudizien der obersten Gerichtshöfe beschränkt. Die Zweckmäßigkeit einer solchen Zusammenstellung an sich steht außer Frage, wenngleich sie sorgfältiger als die vorliegende redigirt sein müßte, um das Zurückgehen auf die Quellen stets entbehrlich zu machen. Allein auch so würde sie den Vortheil einer bequemen Uebersicht des vorhandenen Materials gewähren, wenn nicht der Verfasser ihre praktische Brauchbarkeit durch eine geradezu unbegreifliche Verworrenheit in der äußeren Anordnung wesentlich beeinträchtigt hätte. Es läßt sich noch allenfalls vertheidigen, daß alle Oesterreichischen Präjudizien zur Wechselordnung gesondert von den übrigen Wechselrechtssprüchen mitgetheilt werden, obwohl die Modificationen, welche die Deutsche Wechselordnung in Oesterreich erfahren hat, nicht erheblicher sind als in anderen Deutschen Ländern. Allein was soll man dazu sagen, daß die allein dem engeren Handelsrecht angehörigen Fälle unter 33 Rubriken vertheilt sind, unter denen z. B. Rubrik 8 und 9 von Handlungsgesellschaften und Commanditgesellschaften, dagegen Rubrik 31 und 32 von Aktiengesellschaften, Anonymen Gesellschaften und sonstigen Vereinen handeln, daß „Zeitkauf" und „Lieferungsvertrag" unter zwei verschiedenen Rubriken, und der „Kauf" wiederum unter vier anderen Rubriken behandelt wird! Oder wenn zu Art. 2 der Wechselordnung von der Haftung der Gesellschafter aus Wechselgeschäften gesprochen wird! Wenn die Frage, ob die Ausstellung, Acceptirung, Indossirung von Wechseln eine Novation der unterliegenden Forderung begründe, an den verschiedensten Stellen z. B. Nr. 159 — 162. 379. 589—597 behandelt wird! Planmäßigkeit, Genauigkeit und systematische Anordnung nach einfachen juristischen Gesichtspunkten vermögen einer solchen Arbeit allein Werth und Brauchbarkeit zu verleihen.

5) Friedrich Noback. Die Handelsusancen. Aus dem Programm der öffentlichen Handelslehranstalt in Chemnitz abgedruckt. 30 S. 8. Chemnitz s. a. (1857). Commissionsverlag der Starke'schen Buchhandlung.

Eine klare, gedrängte und unbefangene Darstellung dieser wichtigen Lehre, wie sie von dem um die Handelswissenschaft so verdienten Verfasser zu erwarten war. Gegen die Begründung, welche durchaus auf dem Boden steht, den die neuere Rechtswissenschaft für das Gewohnheitsrecht gewonnen hat, wie gegen die Durchführung im Einzelnen läßt sich wenig erinnern.

Gut hervorgehoben ist namentlich der Unterschied der allgemeinen und der localen, der organischen und der willkührlichen Usancen, welchen letzteren, im Gegensatz zu bloßen Mißbräuchen, der Verfasser mit Recht volle Wirksamkeit beilegt. Der Satz „Allerdings darf die Usanz nicht mit den anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen in geradem Widerspruch stehen, wohl aber kann sie sich von den analogen Vorschriften des gewöhnlichen bürgerlichen Rechts wesentlich unterscheiden, ohne verworfen werden zu können," ist wohl, wie die gewählten Beispiele andeuten, von dem allerdings legislativ zu beachtenden Unterschied zwischen Usancen gegen absolute und gegen blos dispositive Rechtsvorschriften gemeint. In einem anderen Sinne wäre die Unterscheidung weder richtig noch praktisch durchführbar.

Auch das ist ungegründet, daß eine Usance erst durch ihre Beachtung in der juristischen Praxis die Natur eines Rechtssatzes annimmt (S. 10). Eine jede erweisliche Usance enthält einen oder mehrere Rechtssätze, mag sie bereits in richterlichen Entscheidungen anerkannt sein, oder nicht.

Die Frage, ob Handelsgerichte ohne Handelsgesetzbuch (S. 11—14) wird hoffentlich durch die vorbereitete Codification unpraktisch werden; die aus Malsz (ausgewählte Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt am Main S. V. VI.) entlehnten Gründe für deren Bejahung leiden indeß an dem Trugschluß, als ob ein Handelsgericht lediglich nach dem Gewohnheitsrecht und nicht in den meisten Fällen nach dem bestehenden umfassenden geschriebenen, meist gesetzlichen Recht zu entscheiden hätte.

Die S. 14—25 beispielsweise genannten Usancen bieten zwar nichts Neues, sind aber in dieser Zusammenstellung interessant. Der Ausfall gegen amerikanischen Humbug (S. 29) ist an dieser Stelle nicht geeignet. Auch ist es überaus einseitig geurtheilt, in der Nordamerikanischen Union nichts als Sittenverfall und Auswüchse zu sehen.

6) Sammlung der Statuten aller Aktien- und Commanditgesellschaften Deutschlands, mit statistischen Nachweisen und Tabellen, herausgegeben von Dr. Nicolaus Hocker. Bd. I. Die Banken. Lieferung 1. 192 S. 8. Köln 1858. Wilhelm Greven.

Werke der Art sind nicht allein für den Geschäftsmann, den Nationalökonomen und den Verwaltungsbeamten nützlich, sie gewähren auch der wissenschaftlichen Erforschung der Rechtsgrundsätze, welche in den autonomischen Festsetzungen der Interessenten ihre Quelle und ihren Ausdruck finden, eine sichere Basis. Das sehr empfehlenswerthe Unternehmen, welches, außer den Statuten sämmtlicher Deutschen Aktien- und Commanditengesellschaften und deren Abänderungen, auch eine Zusammenstellung ihrer Betriebsresultate wo möglich der letzten 5 Jahre enthalten soll, ist auf 5 Bände berech-

net, von denen Band I. die Banken, Bd. II. die Eisenbahnen, Bd. III. die Berg- und Hüttenwerke, Bd. IV. die Versicherungs- und Transportgesellschaften, Bd. V. die übrigen industriellen Gesellschaften darstellen wird. Die erschienene erste Lieferung des auf 3 Lieferungen berechneten ersten Bandes enthält in alphabetischer Ordnung die Statuten und bisherigen Betriebsresultate von 14 Banken und Creditgesellschaften (Bayrische Hypotheken und Wechselbank — Dortmunder Privataktienbank). Durch die zugesicherten Fortsetzungen und Register wird die Brauchbarkeit des Werks für längere Zeit gesichert, und seine Benutzung erleichtert werden.

7) L. Volkmar, Rechtsanwalt am königlichen Obertribunal. **Die Verbote gegen den Handel in Werthpapieren und Aktien. Ein Commentar zu den Verordnungen vom 19. Januar 1836. 27. Juni 1837. 13. Mai 1840. 24. Mai 1844. IV. u. 68 S. 8. Berlin 1857. Georg Reimer.**

Enthält einen Abdruck der in den Börsenverkehr tief eingreifenden Preußischen Gesetze gegen Zeitgeschäfte in außerpreußischen Creditpapieren und noch nicht volleingezahlten Eisenbahnaktien, nebst einigen erklärenden Noten, und eine Zusammenstellung der darüber ergangenen, zum Theil noch ungedruckten Entscheidungen Preußischer Gerichtshöfe. Wir vermissen das Erkenntniß des Obertribunals vom 25. März 1852 (Striethorst 5. S. 125). Erörtert sind die einschlägigen Fragen theilweise schon in Gräff's Archiv für Preußisches Handels- und Wechselrecht Bd. I. Heft 1. 3 u. bei Bessel und Kühlwetter das Preußische Eisenbahnrecht Bd. II. S. 267—277.

Goldschmidt.

---

## VI. Kritiken über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten.

1. Goldschmidt. Kritik des Entwurfs 2c. Ein Beitrag zur Revision der Grundlehren des Handelsrechts. Erste Abth. 88 S. Zweite Abth. 75 S. 8. (Separatabdruck aus der Heidelb. Krit. Ztschr. Bd. IV. Heft 2. 4.) Heidelberg. Bangel und Schmitt 1857 (bis Art. 177 des Revid. Entwurfs).
2. Dr. Buchelt, Hofgerichtsrath. Mittheilungen über den Preußischen Entwurf eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. (Annalen der Großherz. Badischen Gerichte Jahrg. 24. Nr. 9. 11. 12. 14. 16. 21. 22 (bis Ende des dritten Buchs).

3. Hufschmid. Ueber die Handelsgerichte und das handelsgerichtliche Verfahren nach den Vorschriften des Handelsgesetzentwurfs für Deutschland, (in den Annalen Nr. 13. 15. 17.)
4. Dr. Tegazzini. Zur Kritik des Entwurfs ꝛc. (in der Allgemeinen Oesterr. Gerichtszeitung 1857. Nr. 31. 37. 64. Bis Art. 11).
5. Ueber verschiedene Punkte des Entwurfs, Bremer Handelsblatt von 1857. Nr. 275. 289. 295. 300. 301. 308. 310. 311. 312. 315. 316. 317. 318. 322.
6. Mor. Mohl, Mitglied der Würtembergischen Kammer der Abgeordneten. Ein Beitrag zur Erörterung des Deutschen Handelsgesetzbuchs. 71 S. 8. Stuttgart 1857. Liesching. (Ueber Aktiencommanditgesellschaften).

---

## VII. Kritiken über den von der Deutschen Handelsgesetzgebungscommission zu Nürnberg berathenen ersten Entwurf.

1. Wilhelm Endemann, Obergerichtsassessor. Der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen drei ersten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen. 159 S. 8. Erlangen. 1858. Ferdinand Enke.

---

## VIII. Abhandlungen.

1. Blodig. Die Handelsrechtsgesetzgebung in Oesterreich (Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung 1857 Nr. 108—112). Eine gründliche Uebersicht der Quellen des geltenden Handelsrechts in sämmtlichen Theilen der Oesterr. Monarchie.
2. Thieriet, Prof. in Straßburg. Speculationen über Immobilien sind keine Handelsgeschäfte (Le Hir. Mémorial du commerce et de l'industrie. Jahrg. 1857. p. 15—26).
3. Ihering. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Jahrbücher für Dogmatik von Gerber und Ihering Bd. I. S. 273—350. Bd. II. S. 67—180).
4. v. Scheurl. Zur Verhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (eod. Bd. II. S. 1—34).
5. Anschütz. Ueber Aktiencommanditengesellschaften (Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, von Bekker und Muther Bd. I. S. 326—348).
6. v. Scheurl. Vertragsschluß unter Abwesenden (Jahrbücher für Dogmatik ꝛc. Bd. II. S. 248—282).
7. Eigenbrodt Ein Beitrag zu der Lehre von den Inhaberpapieren (eod. Bd. II. S. 181—247).

8. Bähr. Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt (eod. Bd. II. S. 283—350).
9. Creizenach. Der kaufmännische Contocurrent, der Creditvertrag, und das kaufmännische Depositum irregulare (Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, herausgegeben von Elvers, Hoffmann, Schäffer u. Seitz. Bd. IV. S. 31—75.)
10. Ueber Zinstaxen und Wuchergesetze (Allg. Oesterr. Gerichtszeitung 1857. Nr. 12—14. 27—30. 58—60. 67—70. 144—146).
11. Heyer. Beiträge zur Lehre vom Kauf (Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß N. F. Bd. 15. S. 1—45).
12. Hoffmann. Ueber die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen, insbesondere bei dem Viehhandel, nach Römischem und Deutschem Rechte, sowie nach den Bedürfnissen des heutigen Handelsverkehrs. (Archiv f. praktische Rechtswissenschaft Bd. IV. S. 177—199).
13. Buchner. Von dem Einfluß der Zahlung oder Nichtzahlung des Kaufpreises auf den Forderungskauf. Nebst einem Nachtrage von Dr. Hoffmann (eod. Bd. V. S. 161—187).
14. Zimmermann. Ueber die rei vindicatio utilis. Darin Beiträge zu der Lehre vom Connossement S. 117 — 121. (Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß N. F. Bd. 15).
15. Ladenburg. Die Börsengeschäfte (Annalen der Badischen Gerichte Jahrg. 23 (1856) Nr. 43. 47. 50. 52 u. Jahrg. 24 (1857) Nr. 3. 6.
16. Batimenisl. Ueber die Differentialtarife der Eisenbahngesellschaften (Le Hir. Mémorial 1857. p. 251—269. p. 299—312).
17. J. B. de Launay. Des privilèges des corporations closes et particulièrement de ceux des agens de change et des courtiers en France (Journal des Economistes. November 1857. p. 210—220).
18. Blodig. Ueber die Vereinbarkeit des Hypothekar- und Wechselrechts nach Oesterr. Recht. (Allg. Oester. Gerichtsz. 1857. Nr. 42—44).
19. Blodig. Die Wechselprivilegien nach den Partikularrechten, und ihre Gestaltung nach der Allgem. Oesterr. Wechselordnung (Archiv f. Deutsches Wechselrecht Bd. 6. S. 148—196).
20. Brauer. Aphorismen aus dem Wechselrecht (eod. S. 225—235).
21. Einert. Von den Rechten des Trassanten wider den Bezogenen aus dem Accepte des Letzteren (eod. S. 113—147).
22. Hoffmann. Ueber Wechselfälschung und Wechselverfälschung (eod. S. 236—266).
23. Hauser. Ueber die Vorzeigung des Wechsels zur Zahlung (eod. p. 57—63).

24. Wächter. Ueber den Einfluß und die Bedeutung von auf Wechseln befindlichen Durchstreichungen (eod. p. 41—50).
25. Vom Protest. (Allg. Oesterr. Gerichtsz. 1857. Nr. 5).
26. Blaschke. Der Sekuritätsprotest (eod. Nr. 21).
27. Hoffmann. Muß dem Wechselschuldner als solchem der Wechsel in des letzteren Wohnung oder Geschäftslokal zur Zahlung präsentirt und das Geld von ihm abgeholt werden? (Archiv f. prakt. Rechtswissensch. Bd. V. S. 1—35).
28. Ladenburg. Die Klage wegen Bereicherung nach der allgemeinen Deutschen Wechselordnung (eod. S. 36—49).
29. Fick. Die Lehre von der Unterbrechung und Wirkung der Wechselverjährung (Archiv f. Wechselrecht Bd. 6. S. 24—40).
30. Biener. Ueber Zinsenversprechen in eigenen Wechseln und andere Clauseln (eod. S. 1—23).
31. Northoff. Der eigene Wechsel muß dem Aussteller zwar zur Zahlung präsentirt werden, braucht aber, um den Aussteller in Anspruch zu nehmen, nicht protestirt zu werden (Magazin für Hannover'sches Recht, herausgegeben von v. Düring Bd. 7 (1857) S. 221—232).
32. Le Hir. Ueber Formalitäten beim Verlust eines Handelspapiers, Wechsels oder Ordrebillets (Mémorial 1857. p. 53—55. 108—116. 148—152).
33. Tegazzini. Zum Wechselprozeß. (Allg. Oesterr. Gerichtsz. 1857. Nr. 124. 125).
34. Struckmann. Die Verstattung des Wechselschuldners zur Wohlthat der Güterabtretung schließt nach geltendem Hannover'schem Recht die Vollstreckung der Wechselhaft nicht aus. (Magazin für Hannoversches Recht Bd. 7. S. 232—240).
35. Blaschke. Die Statuten der privilegirten Oesterreichischen Nationalbank in ihrer Beziehung zur Wechselordnung. (Archiv f. Wechselrecht Bd. 6. S. 81—84).
36. Ottendorf. Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens eines Handelsmanns. Falliterklärung gegen einen verstorbenen Handelsmann (Annalen der Badischen Gerichte Jahrg. 24. S. 1—6).
37. Hauser. Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage, in dem Gebiete der bayrischen Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung. (Blätter für Rechtsanwendung in Bayern. Jahrg. 22 (1857) S. 193—200. 209—216).

# Miscellen.

## Statistik der Rechtsprechung in Handelssachen.

### 1. Französische Rechtsprechung im Jahre 1855[1]).

Dem Bericht des Französischen Justizministers für das Jahr 1856 (Mémorial du commerce Mars 1857. p. 65 — 71) entnehmen wir folgende Data:

1. Die Zahl der Handelsgerichte betrug 220 mit 1,013 Präsidenten und Richtern und 678 Ersatzrichtern (juges suppléans).

Außerdem urtheilen in Handelssachen allgemein 171 Civilgerichte.

Vor diesen sind im Laufe des Jahres 209,003 Prozesse anhängig gewesen, und zwar 179,785 vor den eigentlichen Handelsgerichten, 29,218 vor den Civilgerichten. Davon sind 200,002 beendigt worden, und zwar 172,001 von den Handelsgerichten, 28,001 von den betreffenden Civilgerichten.

Durch Urtheil entschieden wurden 151,083 Sachen, und zwar 53,534 contradiktorisch, 99,552 in contumaciam.

Außerdem haben die Specialhandelsgerichte 12,349 Urtheile in Fallitsachen sur requête ou sur rapport, und 4,370 Urtheile in anderen Sachen sur requête ou sur rapport gefällt. Die mit der Handelsrechtspflege betrauten Civilgerichte in denselben Sachen 2,177 und 486 Urtheile. Im Ganzen 19,382 Urtheile sur requête ou sur rapport.

2. Die eigentlichen Civilgerichte haben 310 Entscheidungen in Landversicherungsfällen (assurance terrestre) gefällt, und 16 Handelssachen, welche zu ihrer Competenz gehören, entschieden.

3. Von den Appellationsgerichtshöfen ist über 3,820 Appellationen in Handelssachen und über 347 Appellationen von Schiedsrichtersprüchen verhandelt worden. Es sind 1007 Urtheile ergangen, davon 688 confirmirende, 17 die Appellation nicht annehmende, 218 ganz und 84 theilweise vernichtende. Auf die einzelnen Rechtszweige vertheilen sich diese Urtheile folgendermaßen: Societätssachen 162, Börsen- und Mäklersachen 23, Commission und Frachtvertrag 42, Kauf 26, Wechsel 126, Seeverkehr 60, Fallitsachen 162, Competenz der Handelsgerichte 104. In welchen Sachen die fehlenden 300 Urtheile ergangen sind, ist nicht bemerkt.

4. Der Kassationshof hat in Handelssachen 43 Urtheile erlassen; und zwar die chambre des requêtes 30, darunter 22 de rejet, 8 d'admission; die chambre civile 13, davon 4 zurückweisende, 9 vernichtende.

5. Die Zahl der Concurssachen hat betragen 9,978, darunter neue 3,540, alte 6,438. Beendigt 3,470, geblieben 6,508.

Von diesen wurden vor den Handelsgerichten verhandelt 8,212, beendigt 2,967. Vor den Civilgerichten 1,766, beendigt 503. Von beendigten sind durch Concordate beendigt 1,367; durch Liquidation nach contrat d'union 1,331; durch Insufficienzerklärung der Aktiva 665; durch Vernichtung der Eröffnungsurtheile 107.

Die durch Concordat oder Liquidation beendigten 2,698 Concurse repräsentiren eine Activmasse von 51,396,631 Frs., und eine Passivmasse von 134,988,074 Frs. Nach Befriedigung der Hypothekengläubiger mit 31,629,767 Frs. erhielten die Chirographarien oder Privilegirten noch 27 Frs. 45 Cts. per 100.

6. Es haben sich 3710 neue Gesellschaften gebildet, davon 2,816 en nom collectif, 489 en commandite, 887 par actions und zwar 110 mit Namenaktien, 277 mit Inhaberaktien.

7. In Societätsstreitigkeiten sind 831 schiedsrichterliche Urtheile gefällt.

---

1) Für das Jahr 1854 vergl. Triest in Schletter's Jahrbüchern Bd. III. S. 185. ff.

## 2. Rechtsprechung des Königl. Commerz- und Admiralitätscollegii zu Danzig während der Jahre 1848 — 1857.

### I. Vorbemerkungen.

Der Geschäftsbezirk aus Königl. Commerz- und Admiralitätscollegii zu Danzig umfaßte bis zum 1. Januar 1856 nur das sogenannte alte Danziger Gebiet, seitdem auch das neue, nämlich den ganzen Bezirk des Königl. Stadt- und Kreisgerichts, dessen Einwohnerzahl ultimo 1849 auf 120,752 Seelen, ultimo 1853 auf 130,825 Seelen festgestellt ist, darunter die Stadt Danzig incl. Vorstädte mit 58,012 und resp. 66,224 Seelen.

Das gerichtliche Geschäftsjahr läuft vom 1. Dezember bis ultimo November des anderen Jahres. Geschäftsjahr 1857 ist also beispielsweise die Zeit vom 1/12 56 bis 1/12 57.

Wechselsachen aus trockenen Wechseln von Nichtkaufleuten gehörten bis zum 1. Januar 1856 vor das Königl. Stadt- und Kreisgericht; seitdem ressortiren alle Wechselsachen vor das Commerz- und Admiralitätscollegium, und bilden den größten Theil unter den summarischen Sachen über 50 Thlr., in welchen, ohne vorherige schriftliche Klagebeantwortung, sogleich der Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird. (Bagatellsachen sind nach Preußischem Prozeß alle diejenigen, deren Objekt 50 Thlr. nicht übersteigt). Besondere Listen über Wechsel- und Seerechtsstreitigkeiten werden nicht geführt.

### II. Tabellarische Uebersicht.

| | anhängig waren | | | davon sind beendigt durch | | | | | unbeendigt | | | Mandatssachen | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1. | 2. | 3. | 4. | 5. | 6. | 7. | 8. | 9. | 10. | 11. | 12. | 13 | 14. |
| | überjährige | diesjährige | Summa | Agnition oder Contum.-Urtel | Entsagung | Vergleich | Erkenntniß | Summa 4.—7. | überjährige | diesjährige | Summa | eigentliche | Bagatell-S. | Summa |
| **1848.** 1/12 47—1/12 48. | | | | | | | | | | | | | | |
| Bagatell-Sachen | 58 | 299 | 357 | 57 | 60 | 84 | 98 | 299 | — | 58 | 58 | 33 | 394 | 427 |
| Schiffer-Injuriensachen | 1 | 10 | 11 | — | 3 | 4 | 2 | 9 | — | 2 | 2 | | | |
| Summarische Sachen mit sofortigen Termin zur mündlichen Verhandlung | 5 | 154 | 159 | 90 | 27 | 13 | 24 | 154 | — | 5 | 5 | | | |
| Andere Prozeßsachen | 111 | 326 | 437 | 114 | 66 | 23 | 113 | 316 | — | 121 | 121 | | | |
| **1849.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 58 | 486 | 544 | 305 | 70 | 51 | 207 | 633 | — | 11 | 11 | 17 | 239 | 256 |
| Sch. Inj. S. | 2 | 7 | 9 | — | 5 | 3 | 1 | 9 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 5 | 104 | 109 | 61 | 16 | 11 | 18 | 106 | — | 3 | 3 | | | |
| A. Pr. S. | 121 | 255 | 376 | 111 | 44 | 16 | 136 | 307 | — | 69 | 69 | | | |
| **1850.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 11 | 269 | 280 | 38 | 31 | 32 | 128 | 225 | — | 55 | 55 | 23 | 299 | 322 |
| Sch. Inj. S. | — | 11 | 11 | 1 | 1 | 1 | 4 | 7 | — | 4 | 4 | | | |
| Summ. S. | 3 | 140 | 143 | 78 | 22 | 13 | 20 | 133 | — | 10 | 10 | | | |
| A. Pr. S. | 69 | 218 | 287 | 95 | 31 | 14 | 75 | 215 | 3 | 69 | 72 | | | |

| | anhängig waren | | | davon sind beendigt durch | | | | | unbeendigt | | | Mandatssachen | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1. | 2. | 3. | 4. | 5. | 6. | 7. | 8. | 9. | 10. | 11. | 12. | 13. | 14. |
| | überjährige | diesjährige | Summa | Agnition oder Contum.-Urtel | Entsagung | Vergleich | Erkenntniß | Summa 4.–7. | überjährige | diesjährige | Summa | eigentliche | Bagatell-S. | Summa |
| **1851.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 55 | 214 | 269 | 29 | 48 | 37 | 119 | 233 | — | 36 | 36 | 24 | 184 | 208 |
| Sch. Inj. S. | 4 | 10 | 14 | 2 | 3 | 5 | 3 | 13 | — | 1 | 1 | | | |
| Summ. S. | 10 | 105 | 115 | 66 | 6 | 10 | 16 | 98 | 3 | 14 | 17 | | | |
| A. Pr. S. | 74 | 177 | 251 | 69 | 23 | 16 | 81 | 189 | 8 | 54 | 62 | | | |
| **1852.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 36 | 273 | 309 | 33 | 64 | 32 | 120 | 249 | — | 60 | 60 | 4 | 239 | 243 |
| Sch. Inj. S. | 1 | 3 | 4 | 1 | 3 | — | — | 4 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 17 | 119 | 136 | 89 | 11 | 5 | 26 | 131 | — | 5 | 5 | | | |
| A. Pr. S. | 62 | 216 | 278 | 101 | 28 | 8 | 64 | 201 | 8 | 69 | 77 | | | |
| **1853.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 60 | 331 | 391 | 59 | 61 | 23 | 207 | 350 | 1 | 40 | 41 | — | 274 | 274 |
| Sch. Inji S. | — | 4 | 4 | — | 3 | — | — | 3 | — | 1 | 1 | | | |
| Summ. S. | 5 | 115 | 120 | 63 | 19 | 6 | 25 | 113 | — | 7 | 7 | | | |
| A. Pr. S. | 77 | 224 | 301 | 93 | 28 | 17 | 90 | 218 | 12 | 61 | 73 | | | |
| **1854.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 41 | 263 | 304 | 40 | 64 | 42 | 157 | 303 | 1 | — | 1 | — | 373 | 373 |
| Sch. Inj. S. | 1 | 1 | 2 | — | 1 | — | 1 | 2 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 7 | 171 | 178 | 113 | 21 | 6 | 27 | 167 | 1 | 10 | 11 | | | |
| A. Pr. S. | 73 | 282 | 355 | 131 | 38 | 6 | 96 | 271 | 11 | 73 | 84 | | | |
| **1855.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 1 | 267 | 268 | 49 | 67 | 36 | 116 | 268 | — | — | — | — | 399 | 399 |
| Sch. Inj. S. | — | 2 | 2 | — | 2 | — | — | 2 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 11 | 197 | 208 | 132 | 22 | 10 | 31 | 195 | — | 13 | 13 | | | |
| A. Pr. S. | 84 | 276 | 360 | 79 | 52 | 25 | 112 | 268 | 9 | 83 | 92 | | | |
| **1856.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 1 | 370 | 371 | 93 | 45 | 44 | 167 | 349 | — | 22 | 22 | 24 | 433 | 457 |
| Sch. Inj. S. | — | 1 | 1 | — | 1 | — | — | 1 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 13 | 409 | 422 | 285 | 44 | 19 | 45 | 393 | — | 29 | 29 | | | |
| A. Pr. S. | 92 | 346 | 438 | 125 | 45 | 42 | 126 | 338 | 11 | 89 | 100 | | | |
| **1857.** | | | | | | | | | | | | | | |
| B. S. | 23 | 476 | 499 | 46 | 143 | 51 | 213 | 453 | — | 46 | 46 | 27 | 503 | 530 |
| Sch. Inj. S. | — | 4 | 4 | — | 4 | — | — | 4 | — | — | — | | | |
| Summ. S. | 29 | 564 | 583 | 410 | 89 | 14 | 46 | 559 | — | 34 | 34 | | | |
| A. Pr. S. | 101 | 357 | 458 | 115 | 58 | 24 | 135 | 332 | 5 | 121 | 126 | | | |

λ.

# VII.

## Ueber die Beweiskraft des Copirbuchs.

Von

Herrn Dr. Anschütz,
Professor der Rechte in Bonn.

Den Handelsbüchern, welche in jedem kaufmännischen Geschäfte geführt zu werden pflegen, kommt nach gemeinem Deutschen, wie nach particularem Recht eine besondere Beweiskraft zu. Eine Verpflichtung, solche Bücher zu führen, besteht allerdings gemeinrechtlich nicht, nur das französische Handelsgesetzbuch und die ihm nachgebildeten Handelsrechte haben die kaufmännische Sitte in eine gesetzliche Pflicht verwandelt[1]). Das französische Gesetzbuch ist sogar noch weiter gegangen, es hat die Führung bestimmter Bücher in einer bestimmten Form und mit einem bestimmten Inhalt vorgeschrieben, — Vorschriften, welche gegenüber der heutigen Technik der Buchführung theilweis veraltet erscheinen[2]). Auch sucht das französische Recht die Erfüllung dieser Vorschriften nur auf indirectem Wege zu erreichen, denn auf die Uebertretung derselben ist nirgends eine Strafe gesetzt,

---

1) Code de commerce Art. 8. — 11. Badisches Handelsrecht Art. 8 — 11.

2) Es ist weit angemessener, wenn sich der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit der allgemeinen Vorschrift begnügt: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind." Art. 29.

sondern nur im Falle der Zahlungseinstellung wird der Kaufmann, der keine Bücher, oder der seine Bücher nicht ordnungsmäßig geführt, mit einer Strafe bedroht, und zwar mit der Strafe des einfachen Bankerutts[3]). Jene Vorschriften enthalten in der That Gebote, deren Erfüllung ohne die störendsten Eingriffe in das Privatleben in anderer Weise nicht gut erzwungen werden kann. Andererseits aber wird für die Beurtheilung der Straffälligkeit des Falliten die unterlassene Führung von Handelsbüchern stets auch nach denjenigen Gesetzgebungen in Betracht kommen, welche die Führung von Büchern nicht ausdrücklich vorschreiben. Das letztere ist der Fall nach dem preußischen Strafgesetzbuch, welches mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des preußischen und rheinischen Handelsrechts den Thatbestand des einfachen Bankerutts darin erblickt, daß der Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt, Handelsbücher zu führen unterlassen hat, obgleich deren Führung gesetzlich vorgeschrieben oder nach der Beschaffenheit ihres Geschäftes erforderlich war[4]).

Die privilegirte Stellung, welche die Handelsbücher unter den Beweismitteln einnehmen, wird gewöhnlich nur darauf bezogen, daß sie zu den Ausnahmen von der Regel scriptura privata pro scribente non probat gehören, daß unter bestimmten Umständen selbst diejenigen Posten des Handelsbuchs entweder für voll oder für halb bewiesen gelten, welche der Kaufmann zu seinen Gunsten eingetragen hat. Als selbstverständlich und nicht besonders bemerkenswerth betrachtet man es dagegen, daß die Handelsbücher ihren Inhalt gegen den Geschäftsherrn beweisen, daß also Posten, die der Kaufmann zu seinen Lasten in das Handelsbuch eingetragen, unter allen Umständen für bewiesen gelten. Allein auch in dieser letzteren Beziehung nehmen die Handelsbücher eine besondere Stellung unter den Beweismitteln ein. Denn für die Frage, inwiefern Posten, die zum Nachtheil des Geschäftsherrn eingetragen sind, für bewiesen gelten, sind die Handelsbücher als Privaturkunden aufzufassen, die ein auf-

---

3) Code de commerce Art. 586. no. 6. (neu).

4) Preußisches Strafgesetzbuch Art. 261.

sergerichtliches Geständniß enthalten. Solche Privaturkunden aber beweisen nach gewöhnlichen prozessualischen Regeln ihren Inhalt nicht schon dadurch gegen den Aussteller, daß er sie überhaupt geschrieben hat, es muß vielmehr die Ueberlieferung der Urkunde an denjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, hinzukommen, erst durch diese Ueberlieferung spricht sich die Absicht, ein rechtlich wirksames Geständniß hervorzubringen, deutlich aus[5]). Nur ist hinzuzufügen, daß es Fälle giebt, in welchen die Ausstellung wie die Uebergabe der Urkunde auf obligatorischer Verpflichtung beruht und in Folge dessen durch richterliches Urtheil erzwungen werden kann, also die Fälle, in welchen Jemand fremde Geschäfte geführt und zur Rechnungslegung verpflichtet ist[6]). Die Handelsbücher gehören nun zu denjenigen Ausnahmen, in welchen das zweite Requisit, Ueberlieferung der Privaturkunde an den Gläubiger, nicht erforderlich ist. Das ganze Gewicht liegt hier nur auf dem Eintrag des Schuldpostens in das Handelsbuch, also auf der Ausstellung der Urkunde allein; schon in der Buchung des Postens spricht sich der animus confitendi aus, die Beweiskraft des Handelsbuchs ist also auch in dieser Beziehung erhöht und bevorzugt.

Die Beweiskraft der Handelsbücher für den Geschäftsherrn ist nach gemeinem Recht keine unbeschränkte. Für den Geschäftsherrn liefern sie nur halben Beweis, der durch andere Beweismittel, namentlich aber durch den Erfüllungseid vervollständigt werden muß. Und selbst um halben Beweis zu liefern, müssen zur Unterstützung der Glaubwürdigkeit des Handelsbuchs noch andere Gründe hinzukommen. Vor Allem ordnungsmäßige kaufmännische Führung der Bücher[7]), dann aber auch andere

5) Wetzell System des ord. Civilprozesses. I. Abtheil. S. 138. 139. und die von ihm allegirte L. 21. Cod. de probat. IV. 19.

6) Wetzell a. a. O.

7) Am ausführlichsten spricht sich über die kaufmännische Führung der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs aus: „Bei der Führung der Handelsbücher und bei den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen muß sich der Kaufmann einer lebenden Sprache bedienen. Die Bücher müssen gebunden, und jedes von ihnen muß Blatt zu Blatt mit

allgemeinere Unterstützungsgründe, unter denen die Praxis hauptsächlich den guten Ruf des Geschäftsherrn, das Vorhandensein eines mit dem angeblichen Schuldner bestehenden Geschäftsverkehrs, die Berufung des Schuldners auf die ihm günstigen Einträge im Handelsbuche hervorzuheben pflegt. Es ist nur irrig, auf einen oder andern dieser und ähnlicher Unterstützungsgründe ausschließlich Gewicht zu legen[8]). Dagegen ist es eine allgemein geltende Regel, daß sich die Beweiskraft der Handelsbücher überhaupt nur auf die Handelsgeschäfte des Kaufmanns bezieht, in Nichthandelssachen steht der Kaufmann dem gewöhnlichen Privaten gleich und muß sich derselben Beweismittel wie jeder Andere bedienen.

Das preußische Landrecht und das französische Handelsgesetzbuch haben die Beweiskraft der Handelsbücher in der Beziehung erhöht, daß nach beiden Rechten das Handelsbuch unter Kaufleuten nicht blos halben, sondern vollen Beweis liefert[9]). Hierdurch ist wenigstens particularrechtlich eine Ansicht wieder zur Geltung gekommen, welche im Mittelalter von italienischen Juristen aufgestellt wurde. Schon die italienischen Juristen beriefen sich mitunter auf einen kaufmännischen Brauch, der den Handelsbüchern volle Beweiskraft für den Geschäftsherrn zusprach, eine Gewohnheit, die sich, wie Wetzell treffend bemerkt, darauf zu gründen scheint, daß überhaupt in Handelsge-

fortlaufenden Zahlen versehen sein. An Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiß ist, ob sie sofort bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind." Art. 32.

8) Wetzell a. a. O. S. 141. — Vergl. auch die Stellen aus den Stadtrechten von Bologna, Freiburg und Frankfurt, Hamburg bei Kraut. Grundriß (4. Aufl.) §. 346. n. 1. 2. 7. 9.

9) Code de commerce Art. 12. Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 8. §§. 569. ff.; die §§. 605. ff. führen die Ausnahmefälle auf, in denen die Beweiskraft der Bücher geschwächt wird oder ganz wegfällt.

richten halber Beweis für genügend gehalten wurde[10]). Gegen Nichtkaufleute liefern jedoch auch nach preußischem wie nach französischem Rechte die Handelsbücher nur halben Beweis, der durch andere Mittel ergänzt werden muß, und zwar nur bei Waarenlieferungen; das preußische Landrecht fügt sogar noch die Einschränkung hinzu, daß die Lieferung selbst unbestritten oder sonst erwiesen sein muß[11]).

Zwischen dem preußischen und dem französischen Rechte besteht jedoch die wesentliche Verschiedenheit, daß das französische Recht nicht die formelle Beweistheorie auf die Handelsbücher angewandt hat. Es ist in das Ermessen des Richters gestellt, ob er einem ordnungsgemäß geführten Handelsbuch Glauben schenken will oder nicht; denn der Art. 12 des Code de commerce sagt nur, daß regelmäßig geführte Handelsbücher von dem Richter zur Beweisführung in Handelssachen unter Handelsleuten zugelassen werden können. Der Richter kann also den Beweis durch das Handelsbuch für ungenügend erklären, wenn er aus den Umständen Verdacht gegen die Richtigkeit des Eintrags schöpft. Das französische Handelsgesetzbuch setzt also voraus, daß die Beweiskraft des Handelsbuchs noch durch anderweitige allgemeine Gründe unterstützt werden muß, oder daß wenigstens diese Beweiskraft durch entgegenstehende anderweitige Gründe geschwächt und gänzlich aufgehoben werden kann. In diesem Punkte hat sich demnach das französische Recht dem gemeinen deutschen, trotz der Abweichung in Betreff der vollen Beweiskraft, doch wieder genähert. Und dieser Umstand ist deshalb von Wichtigkeit, weil jene Bestimmung des Code de commerce in den preussischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs übergegangen ist; denn auch der Entwurf bestimmt nur, daß regelmäßig geführte Handelsbücher bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten als Beweismittel dienen können, und daß sie gegen Nichtkaufleute für sich allein zur Erbringung des Beweises nicht hin-

10) Wetzell a. a. O. S. 140. Anm. 20 und Gaill Obs. II. 20, 5 — 7.

11) Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 8. §§. 572. ff. Code civil. Art. 1329. 1330.

reichend sind (Art. 34). Nach dieser Bestimmung muß also der Richter die oben erwähnten in der gemeinrechtlichen Praxis üblichen Unterstützungsgründe für die Glaubwürdigkeit der Handelsbücher ebenfalls berücksichtigen, wie denn der Entwurf solche Unterstützungsgründe auch selbst angiebt (Art. 35. 36). Es darf übrigens nicht übersehen werden, daß auch das preußische Landrecht dem richterlichen Ermessen wenigstens in Bezug auf die Ausnahmefälle, in denen die Glaubwürdigkeit der Handelsbücher gemindert oder ganz aufgehoben sein soll, einen weiten Spielraum läßt.

Besteht nun gegenwärtig in Bezug auf das Maß der Beweiskraft, welches den Handelsbüchern gemeinrechtlich zukommt, nur eine geringe Meinungsverschiedenheit, so ist dies weit weniger in Bezug auf die Frage der Fall, auf welche Arten der Handelsbücher sich die Beweiskraft erstreckt.

In einem geordneten kaufmännischen Geschäfte werden in der Regel mehrere Bücher geführt, von denen das Journal, das Hauptbuch — oder bei der doppelten Buchhaltung die Hauptbücher — und das Briefcopirbuch die wichtigsten sind. Das Briefcopirbuch pflegt man schlechthin das Copirbuch zu nennen. Nicht selten wird nun die Ansicht aufgestellt, daß gemeinrechtlich entweder nur das Journal oder nur das Hauptbuch mit besonderer Beweiskraft bekleidet sei, und so ist wohl auch die Meinung derjenigen auszulegen, welche nur von der Beweiskraft eines Handelsbuches im Gegensatz zum Journal sprechen[12]. Hiernach würde also das bei kaufmännischen Prozessen oft so wichtige Copirbuch von den Privilegien der Handelsbücher in Bezug auf die Beweiskraft ausgeschlossen sein.

Particularrechtlich findet freilich eine solche Ausschließung nicht Statt. Das französische Handelsgesetzbuch und das badische Handelsrecht handeln ausdrücklich auch vom Briefcopirbuch, dasselbe ist in den besondern Regeln über die Beweiskraft der Han-

---

12) Martens Grundriß §. 40. Glück Commentar XXII. 72. sprechen nur vom Hauptbuch und vom Journal, Wetzell Civilprozeß S. 142 nur vom Handelsbuch im Gegensatz zum Journal.

delsbücher inbegriffen (Art. 10. 11. 12). Das Gleiche ist der Fall im preußischen Entwurf (Art. 29).

Allein auch nach gemeinem Recht darf die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf das Journal oder auf das Hauptbuch beschränkt werden, sie ist vielmehr auf sämmtliche bei Kaufleuten gebräuchliche Geschäftsbücher zu beziehen, namentlich aber auch auf das Copirbuch. Die Beweiskraft der Handelsbücher stützt sich bekanntlich nicht auf eine positive Vorschrift des römischen Rechts. Allerdings kennt das letztere einigermaßen analoge Vorschriften über die Bücher (rationes) der Argentarier, der Bankiers und Wechsler, welche in Rom das heutige Bankgeschäft betrieben. Wollte man nun diese römischen Vorschriften auf unsere Handelsbücher anwenden, so würde allerdings die Beweiskraft nur auf dasjenige Buch zu beschränken sein, welches die Forderungen und Schulden des Kaufmanns aufführt, also auf das Journal oder auf das Hauptbuch; denn nur diese entsprechen dem codex rationum der argentarii und nummularii. Nun aber gehen unsere heutigen Rechtssätze über die Beweiskraft der Handelsbücher viel weiter als jene römischen Bestimmungen, sie haben ihre selbstständige Quelle in den Handelsusancen und im Gerichtsgebrauch, wie sich beide seit dem Mittelalter und zunächst in Italien gebildet haben. Ja es erscheint die eigenthümliche Beweiskraft der Handelsbücher überhaupt erst als ein Erzeugniß des neueren Rechts. Denn der Satz, daß die Bücher der Argentarier nicht blos gegen dieselben beweisen, sondern auch für dieselben einigen Beweis erbrachten, ist ja in den römischen Rechtsquellen durchaus nicht positiv ausgesprochen, man glaubt ihn vielmehr nur aus den übrigen Bestimmungen über die Bücher der Argentarier und aus der bekannten, aber doch sehr allgemein gehaltenen l. 5. C. de probat. IV. 19 schließen zu müssen: Instrumenta domestica seu privata testatio seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt [18]). Die positiven Bestimmungen des römischen

18) Wetzell a. a. O. S. 140, bei dem sich die beste Darstellung über die Bücher der Argentarier findet. S. auch L. 6. C. eodem.

Rechts über die Argentarier beziehen sich nur darauf, daß sie ihre Geschäfte unter öffentlicher Aufsicht, und zwar unter der des Praefectus Urbi führten (L. 1. §. 9. L. 2. D. de offic. praef. Urbi I., 12) und daß sie allen gegenüber, die ein rechtliches Interesse daran hatten, zur Vorzeigung ihrer Bücher verpflichtet waren [14]). Die Bücher wurden als Beweismittel zunächst gegen den Argentarius, dann aber auch gegen andere benutzt [15]). Eine Anwendung dieser römischen Rechtssätze auf unsere Handelsbücher hätte also nur die Annahme der Beweiskraft gegen den Geschäftsherrn, nicht aber für ihn bewirken können, ganz abgesehen davon, daß die im Römischen Recht vorgeschriebene Staatsaufsicht über die Argentarier, welche die hauptsächlichste Stütze jener Rechtssätze war, bei uns weggefallen ist. Nicht unerwähnt mag übrigens der Umstand bleiben, daß während das Römische Recht nur von einer besondern Beweiskraft der Bücher der Argentarier, also der Römischen Bankiers und Wechsler, nicht aber aller Kaufleute spricht, einige ältere deutsche Juristen gerade umgekehrt den Büchern der Wechsler keine besondere Beweiskraft zuerkennen wollten. „Es scheinen aber Wechsler," sagt Struben [16]), „eigentlich keine Kaufleute zu sein, weil sie weder Waaren kaufen noch verkaufen, daher ihren Büchern ein solcher Glaube nicht beizulegen als den Büchern der Kaufleute." Man übersah, daß für den Wechsler das Geld die Waare ist, mit welcher er handelt [17]).

Dagegen haben die heutigen Rechtssätze über die Beweiskraft der Handelsbücher mit den römischen Bestimmungen über die Bücher der Argentarier eine andere Grundlage gemein. Dies

---

14) L. 4. pr. §. 1. L. 6. §. 8. L. 9. §. 2—4. D. de edendo II. 13.

15) L. 10. pr. §. 3. D. de edendo II. 13. L. 27. §. 1. D. de furtis 47,2.

16) Rechtliche Bedenken IV. n. 44.

17) S. Thöl Handelsrecht §. 51. Anm. 2. — Auch das O. A. Gericht in Lübeck mußte in dem Urtheile W. c. K. 1835, Thöl Entscheidungsgründe n. 293, den Einwand zurückweisen, daß den Büchern der Banquiers keine Beweiskraft zukomme, wie dies wirklich von Frankfurter Gerichten mitunter ausgesprochen worden war.

ist die Geschlossenheit und herkömmliche Ordnung der Buchführung, welche die Richtigkeit des Eintrags präsumiren läßt. Dazu kommt, daß wenigstens unter Kaufleuten die Handelsbücher der einen Partei stets der Controle durch die Bücher der Gegenpartei ausgesetzt sind, und daß bekannter Maßen der Kaufmann sich häufig nicht in der Lage befindet, sich ein anderes Beweismittel als den Eintrag in seine Bücher zu verschaffen.

Alle diese Umstände beziehen sich nun aber keineswegs nur auf die Rechnungsbücher der Kaufleute, sondern ebenso sehr auch auf das Copirbuch. Die ganze Buchführung des Kaufmanns muß in ihrem Zusammenhange als ein Ganzes betrachtet werden. Wie der Kaufmann die einzelnen Posten unter ihrem Datum in die Rechnungsbücher einträgt, so trägt er auch die Abschriften seiner Geschäftsbriefe unter ihrem Datum in das Copirbuch ein. In beiden Fällen bildet sich eine chronologisch geordnete Reihenfolge. Ist das Copirbuch nicht ordnungsmäßig geführt, stehen die Briefe nicht in chronologischer Folge, sind Zwischenräume gelassen, die den Verdacht einer beabsichtigten spätern Ausfüllung begründen, sind Blätter eingeschaltet oder ist das Copirbuch defect, finden sich Rasuren und Aenderungen, so sind dies Verdachtsgründe, die gegen die Glaubwürdigkeit des Copirbuchs sprechen, wie sie gegen die Glaubwürdigkeit der Rechnungsbücher sprechen würden. Aber so wenig der Richter präsumiren darf, daß ein Posten, der in einem ordnungsmäßig geführten Hauptbuch steht, in betrügerischer Weise im Voraus eingetragen ist, um ihn später geltend zu machen, so wenig darf dies von einem Briefe präsumirt werden, der, ohne die chronologische Reihenfolge zu unterbrechen, im Copirbuch steht.

Das Copirbuch ersetzt die Correspondenz der Parteien, wenn diese im Original nicht vorgelegt werden kann. Es kann also durch das Copirbuch alles bewiesen werden, was durch die Correspondenz selbst bewiesen werden könnte — alles unter denselben Voraussetzungen und Einschränkungen, welche durch das gemeine oder das particulare Recht über die Beweiskraft der Handelsbücher überhaupt aufgestellt sind. Das Copirbuch beweist, daß die darin enthaltenen Briefe unter dem angegebenen

Datum wirklich geschrieben worden sind, und es ist zu präsumiren, daß der Brief auch abgegangen[18]) und an seine Adresse gelangt ist, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Anerkannt wurde dies in einem Urtheile des Lübecker O. A. Gerichts, W. c. L. 1832, welches Thöl Entscheidungsgründe n. 291 mittheilt. Mit Unrecht scheint uns jedoch dieses Urtheil von der Ansicht auszugehen, daß es bei dieser Frage auf die privilegirte Beweiskraft der Handelsbücher nicht ankomme. Auch für die Beweiskraft des Copirbuchs ist nach unserer Meinung der Umstand entscheidend, daß es ein kaufmännisches, in bestimmter ordnungsmäßiger Weise geführtes, Buch ist, bei dessen Führung Pünktlichkeit und Sorgfalt in erhöhtem Maße vorausgesetzt werden, und dessen Inhalt deshalb eine besondere Glaubwürdigkeit zuerkannt wird.

Das Copirbuch kann ferner auch die Absendung von Waaren beweisen. Denn sowie man präsumiren muß, daß der Kaufmann nur wirkliche Waarenlieferungen und auch richtige Angaben über Quantität und Preis in sein Hauptbuch oder Journal einträgt[19]), so muß man auch annehmen, daß er nur wirklich effectuirte Absendungen von Waaren seinen Kunden meldet, und insofern enthält die in das Copirbuch eingetragene Meldung den Beweis der Absendung, auch hier wiederum vorbehaltlich des Gegenbeweises. Sind es nun Waaren, die nach vorhergegangener Bestellung abgesandt wurden, so bedarf es nicht einmal eines Beweises des Empfangs; denn die Absendung geschieht in der Regel auf Gefahr und für Rechnung des Empfängers, es braucht also nur die Absendung bewiesen zu werden.

Eine besondere Erwähnung verdient das Copirbuch als Beweismittel für die Notification des Wechselprotestes. Die rechtzeitig geschehene Notification an den Vormann soll nach der D. W. O. durch einen Postschein bewiesen werden, welcher nur

---

18) Anerkannt in einem Erkenntniß des Appellations-Gerichts für Mittelfranken vom 7. April 1838. (Kletke Präjudizien n. 1141). Vgl. auch Erkenntniß des O. A. G.'s zu Darmstadt vom 5. März 1850. (Seuffert's Archiv IX. n. 96; Kletke n. 1172.)

19) Thöl Entscheidungsgründe n. 290.

besagt, daß ein Brief von dem Betheiligten an den Adressaten an dem angegebenen Tage abgesandt ist, sofern nicht dargethan wird, daß der angekommene Brief einen andern Inhalt gehabt hat (D. W. O. Art. 46). Es kann nun vorkommen, daß ein Postschein nicht zu erlangen ist, wie dies namentlich von dem Falle gilt, wenn der Brief im Ausland zur Post gegeben wird, wo, wie in England, die Lösung eines Postscheins nicht immer üblich ist. In diesem Falle wird der Beweis der Notification durch ein ordnungsmäßiges kaufmännisches Copirbuch, welches die Copie der brieflichen Anzeige enthält, gültig erbracht werden können, und zwar ohne daß es noch der Unterstützung durch ein anderes Beweismittel bedarf. Denn wenn auch nach gemeinem Recht das Copirbuch nur halben Beweis liefert, so kommt es bei der Notification des Wechselprotestes nicht auf Beweis, sondern blos auf Bescheinigung an [20]), das Copirbuch ist aber für sich allein schon mindestens ein vollständig gültiges Bescheinigungsmittel.

In der Form und der Technik des Copirbuchs sind in neuerer Zeit Veränderungen eingetreten, welche auch auf die Beweiskraft dieser Bücher zurückgewirkt haben. Um eine Copie der Briefe zu erhalten, bedient man sich der Copirmaschiene, mit deren Benutzung nicht blos eine erhebliche Zeitersparniß, sondern auch der für die Beweiskraft so wichtige Vortheil verknüpft ist, daß die Copie in der That das Original treu wieder giebt. Der Zweifel, ob sich der Abschreiber nicht geirrt habe, wird hier völlig beseitigt, vorausgesetzt, daß die Copie überhaupt nur lesbar abgedruckt ist. Mit der Benutzung der Copirmaschine ist jedoch noch die Neuerung verbunden, daß die Rückseite der Blätter leer gelassen wird. Diese leeren Zwischenräume bilden also keineswegs Verdachtsgründe gegen die Glaubwürdigkeit des Buches, wie beim gewöhnlichen Copirbuch, sie gehören vielmehr umgekehrt zur regelmäßigen Führung des Buchs, und das Aus-

20) Protocolle der Leipziger Conferenz S. 175. Brauer zu Art. 46 der W. O. Die Bescheinigung der Notification gehört nicht zum Klagfundament, sie braucht nur als Replik auf die Einrede der unterlassenen Notification zu geschehen; denn die Notification des Protestes ist keine Wechselsolennität.



füllen solcher leerer Seiten kann bei dieser Art der Bücher unter Umständen Verdacht erwecken[21]). Endlich hat die Copirmaschine nicht selten auch die Sitte hervorgerufen, die Briefe auf fliegende Blätter zu copiren. Dies würde allerdings die Regeln über die Beweiskraft der Copieen völlig verändern, denn es fehlt hier die Geschlossenheit der Buchführung. Allein auch hier ist es nicht ausgeschlossen, die einzelnen Copieen zu sammeln, in chronologischer Reihenfolge zu paginiren und einbinden zu lassen[22]), wodurch dann ein normales Copirbuch hergestellt wird.

---

21) Der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs bestimmt mit Rücksicht hierauf auch nur: „An Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden" Art. 32.

22) Preußischer Entwurf Art. 29.

## VIII.

## Ueber die Bedeutung der Zeitverhältnisse bei Wechseln, insbesondere des Verfalltags und des Indossaments nach Verfall.

Von

Herrn Dr. Emil Hoffmann,
Hofgerichtsrath zu Darmstadt.

### §. 1.

Der Wechsel, welcher ein Recht auf Einlösung, also ein Forderungsrecht enthält, hat mit anderen Forderungen das gemein, daß er an eine Verjährungszeit geknüpft ist, innerhalb welcher die sonst nicht durch Zahlung oder auf andere Weise inzwischen erloschene Forderung — und zwar gewöhnlich gerichtlich — geltend gemacht werden muß. Die Nichteinhaltung der Verjährungszeit hat dann den Verlust des Forderungsrechtes zur Folge. Geldpapiere au porteur, obgleich sie auch ein Forderungsrecht enthalten, unterliegen dagegen nicht blos nicht nothwendig einer Verjährungszeit, sondern es bildet auch das Gebundensein an eine solche nicht einmal die Regel. Dies hat seine Ursache einmal darin, daß die Gründe für eine Verjährung hier weniger vorliegen, indem der Aussteller eines solchen Papiers von vornherein mit keiner bestimmten Person in Rechtsverhältnisse tritt, diese wenigstens sofort aus den Augen verliert, und gerade die Rechtsverhältnisse zwischen bestimmten Personen binnen einer Zeitfrist erledigt werden sollen, und daher einer Beendigung durch Verjährung hauptsächlich bedürfen. Zum

andern würde aber auch für die Cirkulation solcher Papiere, wozu diese regelmäßig bestimmt sind, eine Verjährungszeit immerhin hemmend erscheinen. — Bei Wechseln, wo meist eine Reihe sich aneinander anschließender Rechtsverhältnisse zwischen bestimmten Personen vorkommt, ist aber das Bedürfniß nach einer Verjährungszeit noch weit dringender, als bei sonstigen Forderungen*). Es ist hier schon aus den allgemeinen Gründen der Klagenverjährung, welche hauptsächlich darin bestehen, daß der Schuldner im Laufe der Zeit leicht seine Vertheidigungsmittel verlieren kann, eine kürzere Verjährungszeit für die einzelnen Wechselobligationen dann geboten, wenn den Vorgläubigern die Verjährungszeit von der Wechseleinlösung oder der angeforderten Wechseleinlösung zu laufen anfängt, also insofern successive Verjährungszeiten für die einzelnen Wechselobligationen bestehen. Denn andernfalls würden die letzten in der Reihe der Schuldner allzulange in obligo verharren können. Ausserdem wird aber noch aus besonderen Gründen im Interesse der Wechselschuldner, welche zugleich Gläubiger sind, also namentlich im Interesse der eigentlichen Regreßgläubiger eine kurze Verjährungszeit nöthig. Die Indossanten sowie auch die Aussteller eines acceptirten Wechsels werden durch die ihrerseits geleistete Zahlung wieder Wechselgläubiger; der zahlende Aussteller erlangt ferner auch gegen den Bezogenen, welcher nicht acceptirt hatte, dann einen Civilanspruch, wenn Letzterer Deckung erhalten hat. Aber selbst der Acceptant, welcher als solcher unbedingt verpflichtet erscheint, und der letzte in der Reihe der Wechselschuldner ist, wird in Folge geleisteter Zahlung Civilgläubiger des Ziehers und Ausstellers, wenn Letzterer keine Deckung geleistet haben sollte. Alle diese Personen würden aber leicht in Gefahr kommen, ihre von der Zahlung ihrer Schuld abhängigen Forderungs- und Regreßrechte nicht mehr mit vollem Erfolge geltend machen.

*) Ueber die allgemeinen Gründe der Verjährung insbesondere der Wechselverjährung habe ich mich näher verbreitet im Archiv für praktische Rechtswissenschaft erster Band zweites Heft S. 74 insbesondere S. 76. ff.

zu können, wenn die Anforderung der Zahlung allzulange verschoben bleiben dürfte. Die Lage des Ausstellers eines eigenen Wechsels, dessen Ansprüche auf die noch nicht erhaltene Valuta mit der Zeit auch unsicher werden können, ist insofern allerdings eine andere, wie die des Acceptanten eines trassirten Wechsels, welcher keine Deckung erhalten hat, als der Anspruch des Ausstellers eines eigenen Wechsels, wenigstens nicht nothwendig, wie der des Acceptanten, eine Zahlung von seiner Seite voraussetzt, er also bis dahin die Geltendmachung seiner Forderung nicht zu verschieben braucht und mithin diese durch die verspätete Zahlung nicht gefährdet erscheint. — Dessenungeachtet wird aber auch die Klage gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels in vielen Wechselordnungen, insbesondere auch nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung an dieselbe Verjährungszeit wie die Klage gegen den Acceptanten geknüpft.

Der Grund für eine besonders abgekürzte Verjährungszeit würde überhaupt nach dem Obenbemerkten bei Wechselansprüchen dann wegfallen, wenn in Folge der Einlösung der Schuldner keine Regreßklage ins Leben gerufen werden kann, oder wenn die hierdurch entstandenen oder erwachten Regreßklagen durch eine Einrede insbesondere die Compensations-Einrede wegen nicht erhaltener Valuta oder Deckung entkräftet und auf der andern Seite diese Einreden nicht auch vor der geleisteten Wechselzahlung klagend verfolgt werden können. Die Regreßklagen würden nämlich alsdann nicht beseitigt sein, wenn die hiergegen zustehenden Einreden auch von vornherein auf dem Wege der Klage verfolgt werden könnten, weil in diesem Falle die solchen Einreden zu Grunde liegenden Forderungen ja vor dem Zeitpunkt der Verfolgbarkeit der Regreßansprüche — denn mit diesem Zeitpunkt würden jene Forderungen durch Compensation erloschen sein — noch eingezogen werden können, und im Falle einer solchen Einziehung die nachher entstandenen Regreßansprüche in rechtlicher Geltung bleiben würden. — Dagegen müßte in den Fällen der obenerwähnten Art die nach Ablauf der Verjährungszeit verstattete Klage wie eine sonstige Civilklage behandelt werden, der verklagte Schuldner dürfte nicht auf solche Einreden beschränkt sein, welche ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehen, und

welche liquid gestellt worden sind, indem er sonst in Folge der Zahlung zum Regreß gegen den Kläger oder seinen unmittelbaren Nachmann genöthigt sein würde.

Indessen wird von der kurzen Verjährungszeit der Wechselklagen nach dem §. 83 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur dann Umgang genommen, und eine Civilklage gestattet, wenn der Schuldner durch die verweigerte Zahlung sich bereichern würde. Es genügt mithin noch nicht, wenn die Nachtheile, welche aus einer verspäteten Zahlung entstehen können, wegen Mangel eines Objects ganz wegfallen, wenn also in Folge der Einlösung keine verfolgbare Regreßansprüche (die mit der Zeit unsicher werden können) entstehen. Vielmehr erscheint der Wechselschuldner nur dann durch die Nichtzahlung bereichert, wenn ihm weder als Wechselgeber noch als Einlöser des Wechsels eine Regreßklage zusteht. — Der Schuldner ist einmal dann nicht bereichert, wenn er die ihm schuldige Valuta oder Deckung nicht erhalten hat, und ist es in dieser Beziehung unentscheidend, ob seine Forderung auf Valuta oder Deckung erst mit der Wechselzahlung von seiner Seite oder auch schon vorher geltend gemacht werden kann. Der Schuldner ist hier höchstens nur um seine Forderung bereichert und insofern nach Ablauf der Verjährungszeit zur Abtretung der Forderung noch verbunden. Der Schuldner ist ferner auch dann nicht bereichert, wenn er Valuta oder Deckung gegeben hat, oder diese noch schuldet, und die Schuld nicht erst von einer — vorherigen Wechselzahlung des Forderungsberechtigten — wie beim Acceptanten — abhängt*); obgleich hier der Anspruch auf die Valuta oder Deckung gerade durch die Wechselzahlung des desfallsigen Schuldners und die hierdurch entstehende Regreßforderung des Letzteren gegen den Valutagläubiger erlöschet, die verweigerte Zahlung also zwar dem Schuldner keine Bereicherung, aber auf der andern Seite

*) Der Acceptant kann den Aussteller auf die nicht geleistete Deckung nur dann belangen, wenn er den Wechsel eingelöst hat, der Indossant kann aber von seinem Vormann von vornherein auf die nicht bezahlte Valuta belangt werden.

auch keinen größern Vortheil als eine geleistete Zahlung gewähren würde. Aus diesem Grunde wird auch überhaupt die Bereicherungsklage gegen die Indossanten nicht eingeräumt. Dieß erscheint auch im Allgemeinen gerechtfertigt, aber nicht aus dem Grunde, weil der Indossant nie als bereichert (im Falle der gegen ihn versagten Regreßklage) angesehen werden kann, als vielmehr deßhalb, weil auch alsdann, wenn die Regreßklage des Indossanten durch die Geltendmachung der gegen ihn zustehenden Valutaforderung entkräftet werden kann, doch damit, d. h. in Folge einer solchen Compensation der beiden Forderungen (der Regreßforderung und der Valutaforderung) die Regreßklagen der Vormänner noch nicht erloschen sind und die diesen etwa gegenüberstehenden Valutaforderungen der Regreßschuldner bereits eingezogen worden sein oder in der Zwischenzeit eingezogen werden können.

Die dem Wechselgläubiger nach Erlöschung der Wechselklagen noch zustehende Bereicherungsklage ist an die allgemeine Verjährungszeit geknüpft, da in Bezug hierauf die Gründe der allgemeinen Klagenverjährung zutreffen.

## §. 2.

Ausser der Verjährungszeit sind bei den gewöhnlichen Obligationsverhältnissen keine weiteren Zeitbeschränkungen geboten. Liegen diese nicht vor, so kann der Gläubiger jeden Augenblick sein Forderungsrecht — bis zum Ablauf der Verjährungszeit — geltend machen, der Schuldner ist nur nicht verpflichtet, ohne vorherige Aufforderung von Seiten des Gläubigers seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Wohl aber ist er (in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen) berechtigt, in jedem Augenblicke — auch ohne vorherige Aufforderung — seine Schuld abzutragen.

Ein Forderungsrecht kann aber auch durch einen Anfangstermin beschränkt sein, vor welchem der Gläubiger weder zu fordern berechtigt noch der Schuldner zu leisten verpflichtet erscheint. Mit dem Eintritte eines solchen Termins — mit welchem sogleich die Verjährungszeit erst zu laufen beginnt — kann nun der Schuldner bald sofort, bald erst in Folge weiterer Auf-

forderung, bald endlich erst in Folge einer Aufforderung, und nach Ablauf eines weiteren Zeitraums nach derselben zu zahlen verpflichtet sein. Eine Verbindlichkeit der ersten Art von Seiten des Schuldners, wird regelmäßig in dem Falle, wo der Schuldner den Schuldgegenstand überbringen muß, eine Verbindlichkeit der zweiten Art aber stets in dem Falle angenommen werden müssen, wo der Gläubiger den Schuldgegenstand abzuholen hat. Eine Verbindlichkeit der letzteren Art wird nur die Folge besonderer vertragsmäßiger oder gesetzlicher Bestimmungen sein. Bei solchen betagten Forderungen ist indessen der Schuldner öfters berechtigt, schon vor Ablauf eines solchen Termins Zahlung zu leisten, wiewohl dieß nicht der regelmäßige Fall sein dürfte und gewöhnlich nur bei solchen Schuldverhältnissen vorkommen wird, welche lediglich den Vortheil des Schuldners wie z. B. das Commodat, bezwecken. Umgekehrt kann auch zuweilen der Schuldner bei den durch einen Anfangstermin beschränkten Forderungsrechten, wo der Gläubiger den Schuldgegenstand abzuholen hat, selbst mit dem Eintritte eines solchen Termins noch nicht berechtigt sein, wider den Willen des Gläubigers Zahlung zu leisten; das Recht zur Forderung des Schuldgegenstandes schließt noch nicht nothwendig die Verpflichtung zur Annahme desselben in sich. Allein meistens wird beides mit einander verbunden sein, und nur bei solchen Obligationen der erwähnten Art, welche nur den Vortheil des Gläubigers, wie das Depositum im Auge haben, wird der Gläubiger häufig früher zur Forderung des Schuldgegenstandes berechtigt, als zu dessen Annahme verpflichtet sein. Ja der Gläubiger wird bei solchen Forderungsrechten mit dem Eintritte des Termins, wo er den Schuldgegenstand zu fordern berechtigt ist, sehr oft, ja regelmäßig auch hierzu in der Art verpflichtet sein, daß er sich im Falle der Nichteinhaltung eines solchen Termins einer mora schuldig macht, und den Folgen derselben aussetzt. Abgesehen von der Verjährungszeit wird aber auch die Verpflichtung des Gläubigers zur Abholung des Schuldgegenstandes häufig an keinen bestimmten Endtermin an sich gebunden und wenigstens erst weiter durch eine Oblation des Schuldners bedingt sein; es kann aber auch ferner ein solcher Termin, als in der Zeit un-

verschieden, neben einem das Forderungsrecht beschränkenden Anfangstermin sowie ohne einen solchen festgesetzt sein. In dem ersten dieser beiden letztgenannten Fälle liegt zwischen beiden Terminen ein bestimmter Zeitraum in der Mitte, innerhalb welcher sich der Gläubiger ohne rechtlichen Nachtheil frei bewegen kann.

Die Wechselforderungen gehören zu denjenigen Forderungen, bei welchen der Gläubiger den Schuldgegenstand abholen muß. Das Forderungsrecht ist hier nicht nur an eine Verjährungszeit geknüpft, sondern der Gläubiger muß sich auch bei der Person, wo der Wechsel zunächst eingelöst werden soll, in einem bestimmten Termine oder wenigstens innerhalb einer bestimmten Frist zur Einziehung des Wechsels melden. Thut er dies nicht, so verliert er sogar den Regreß gegen die Regreßschuldner, d. h. diejenigen, welche sich nur im Falle der Nichteinlösung des Wechsels wechselmäßig verbindlich gemacht haben, also gegen den Aussteller eines trassirten Wechsels und gegen die Indossanten den Wechselregreß. Dem Aussteller eines eigenen Wechsels, sowie dem Bezogenen gegenüber, welcher durch den Accept als Hauptschuldner eingetreten ist, hat ein solcher Endtermin oder eine solche Frist an sich eine geringere Bedeutung und die Nichteinhaltung derselben auch nur die Folge, daß der Gläubiger sich einer mora und den Folgen derselben aussetzt. Ein derartiger Endtermin für die Einlösung des Wechsels bei dem Bezogenen, dem Regreßschuldner gegenüber, und weiter in der Art, daß die Nichteinhaltung des Termins den Verlust des Regresses gegen Aussteller und Indossanten nach sich zieht, erscheint aber als ein nothwendiges Bedürfniß, da die Regreßschuldner nicht für alle Zeiten in obligo verbleiben wollen, obschon in früheren Zeiten solche Wechsel — Sichtwechsel wohl vorkamen, welche noch zu jeder Zeit zur Einlösung präsentirt werden konnten. Ferner ist aber auch bei eigenen Wechseln das Gebundensein an einen Endtermin im Interesse der Regreßschuldner ebenso Bedürfniß geworden, nachdem einmal auch diese durch Zulassung des Indossaments den Character eines trassirten Wechsels anzunehmen befähigt worden sind. Weniger geboten erscheint die Beschränkung der Einlösung des Wechsels durch einen Anfangstermin.

Indessen wird doch meistens der Aussteller ein Interesse dabei haben, daß der Wechselnehmer nicht sogleich den Wechsel einlöse, weil regelmäßig nicht mit Bestimmtheit darauf gerechnet werden kann, daß der Bezogene sich schon sofort im Besitze der Fonds zur Einlösung des Wechsels befinden werde, vielmehr derselbe Zeit braucht, um sich in den Besitz der nöthigen Fonds zu setzen, er auch sehr oft dieselben von Seiten des Wechselziehers erst erwarten wird. Aus diesem Grunde sind denn die meisten Wechsel zugleich an einen Anfangstermin, vor welchem derselbe nicht eingezogen werden darf, geknüpft. Dieser Anfangstermin wird dann regelmäßig auch zugleich als Endtermin behandelt, so daß gerade an einem bestimmten Tage — nicht vorher und nicht nachher — der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden muß, um den Regreß zu erhalten. Doch sind hier dem Wechselgläubiger manchmal gewisse Respecttage zur Einlösung des Wechsels freigegeben.

## §. 3.

Betrachtet man die Sache ganz abstract, so lassen sich in Betreff der Zeitverhältnisse bei der Einlösung eines Wechsels — abgesehen von der Verjährung — sechs Arten von Wechseln denken, nämlich:

1) Wechsel, welche sogleich eingelöst werden dürfen, aber nie eingelöst zu werden brauchen, also weder an einen Anfangstermin, noch an einen Endtermin geknüpft sind.
2) Wechsel, welche sogleich eingelöst werden dürfen, aber erst in einer bestimmten Zeit eingelöst werden müssen, also blos an einen Endtermin geknüpft sind.
3) Wechsel, welche erst in einer bestimmten Zeit eingelöst werden dürfen, aber nie eingelöst werden müssen, also blos an einen Anfangstermin geknüpft sind.
4) Wechsel, welche erst in einer bestimmten Zeit eingelöst werden dürfen und in einer weiter bestimmten Zeit eingelöst werden müssen, also an einen Anfangstermin und an einen hiervon verschiedenen Endtermin geknüpft sind.
5) Wechsel, welche in einem bestimmten Zeitpunkt eingelöst

werden dürfen und müssen, also an einen und denselben Termin, als Anfangstermin und Endtermin geknüpft sind.

6) Wechsel, welche sogleich eingelöst werden müssen, also an keinen Termin, aber zum Nachtheil des Gläubigers geknüpft sind, diesem keine bestimmte Zeit freilassen.

Die unter 1, und 2, und 6, aufgeführten Wechsel können Sichtwechsel in dem Sinne genannt werden, als sie schon mit der bloßen Vorzeigung zur Einziehung reif sind. Man kann aber auch den Ausdruck Sichtwechsel in dem Sinne nehmen, wonach die Einlösbarkeit überhaupt nur an die Vorzeigung geknüpft ist; in diesem Sinne würden nur die unter 1 erwähnten Wechsel als Sichtwechsel erscheinen. In den früheren Zeiten begriff man auch unter dem Ausdruck Sichtwechsel ohne weitere Bezeichnung wenigstens meist nur solche, welche sogleich und stets auf Vorzeigung einlösbar waren*). Damit ist allerdings nicht gesagt, daß es nicht auch alsbald schon solche Wechsel gegeben hätte, welche zwar sogleich eingelöst werden konnten, aber in einer bestimmten Zeit eingelöst werden mußten. Auch diese Wechsel mochten einerseits manchmal schlechthin Sichtwechsel genannt worden sein; andererseits waren dieselben aber später häufiger im Gebrauche, als die Sichtwechsel im eigentlichen Sinne, welche stets auf Vorzeigung eingelößt werden konnten. Ja die Sichtwechsel im eigentlichen, buchstäblichen Sinne sind im Laufe der Zeit immer mehr in Abnahme gekommen und haben meist die gesetzliche Anerkennung verloren. Dieß ist auch sehr begreiflich. Der Wechselaussteller und Wechselgeber wird die Einlösung durch einen Dritten nicht garantiren, wenn er die Einlösung nicht selbst erwartet. Denn ihm ist es nicht gleichgültig, ob die Einlösung durch den Dritten oder durch ihn selbst geschieht, er übernimmt die Verpflichtung zur Einlösung nur für den unverhofften Fall, daß die Einlösung durch den Dritten nicht vollzogen werden sollte. Die Erwartung der Einlösung durch den Dritten ist aber nun einerseits durch das Vertrauen auf die

*) S. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Wechselrechts §. 61. S. 118 — 119, sowie Thöl, Handelsrecht Bd. II. S. 87 — 88.

Bereitwilligkeit und auf das Vermögen des Dritten zur Einlösung, und zwar in letzterer Hinsicht auf jenes Vermögen des Dritten zur Zeit des Begehrs der Einlösung bedingt.

Gerade deshalb würde mit der Verschiebung der Anforderung der Einlösung die Erwartung der Einlösung nicht nur sich vermindern, sondern es könnte hierauf zuletzt gar nicht mehr gerechnet werden. Denn der Dritte, welcher den Wechsel einlösen soll, kann nicht nur mit dem Laufe der Zeit zahlungsunfähig werden, sondern es wird derselbe auch das Geld nicht für alle Zeiten in Bereitschaft halten und sich von vorn herein nicht zur Einlösung verstehen, wenn er das Geld stets in Bereitschaft halten müßte. Ausserdem steht aber auch der Zieher eines Wechsels mit dem Bezogenen gewöhnlich in Geschäftsverkehr und soll hier durch die Einlösung des Wechsels ein bestimmtes Rechtsverhältniß geschaffen oder zum Abschlusse gebracht werden; beide Personen sind aber sehr interessirt, daß dies nicht allzulange verschoben werde. Der Wechselnehmer hätte auch bei diesen Arten von Wechseln die Verjährung der Wechselregreßklagen ganz in seiner Hand. Denn da die Verjährung der Regreßklagen hier nicht vor der (fruchtlosen) Anforderung der Einlösung bei dem Bezogenen beginnen kann, so würde es dem Wechselnehmer ganz anheimgegeben sein, durch Verschiebung der Anforderung, der Einlösung den Ablauf der Verjährungszeit ins Endlose hinauszuziehen. Eine Wechselverjährung würde aber nicht blos ganz illusorisch sein oder werden können, wenn man Wechsel der bezeichneten Art zulassen wollte, sondern es würden alsdann die für die Verjährung sprechenden Gründe überhaupt keine Anerkennung verdienen. Denn das Gebundensein der Anforderung der Einlösung bei dem Bezogenen an einen Endtermin ist wenigstens theilweise durch dieselben Gründe und nur noch in stärkerem Maaße geboten, als das Gebundensein der Regreßklagen an eine Verjährungszeit. Hiernach widersprechen die unter 1 aufgeführten Arten der Wechsel den Interessen des Ziehers und des Bezogenen, also dem Wechselinstitute in einer Weise, daß sie überhaupt nicht leicht vorkommen, und wo sie vorkommen sollten, keinen Anspruch auf gesetzliche Anerkennung haben. Dasselbe gilt von den oben unter Nr. 3 bezeichneten Wechseln. Bei traf-

firten Wechsel muß mithin die Vorzeigung des Wechsels bei dem, welcher zunächst den Wechsel einlösen soll, an einen Endtermin gebunden sein, und die Nichteinhaltung eines solchen Endtermins muß den Verlust des Regreßrechts ebenso zur Folge haben, als die Nichteinhaltung der — von der fruchtlosen Vorzeigung des Wechsels — beginnenden Verjährungszeit.

Die obigen Erwägungen für das Gebundensein des Wechsels an einen Endtermin in der angegebenen Weise treffen zwar in dem vollen Umfange nur dem Regreßschuldner gegenüber, also bei eigenen Wechseln nur dann zu, wenn diese indossirt werden, und auf diese Weise den Charakter eines trassirten Wechsels annehmen. Allein der Aussteller des eigenen Wechses, sowie der Bezogene, welcher durch den Accept Hauptschuldner geworden ist, will doch noch vor Ablauf der Verjährungszeit in die Lage gebracht werden, seine Verbindlichkeiten zu tilgen. Der Wechselgläubiger, welcher das Geld bei dem Wechselschuldner abzuholen verbunden ist, muß sich daher binnen einer bestimmten Frist zur Einlösung anmelden. Die Nichteinhaltung dieser Frist kann aber hier noch nicht den Verlust des Forderungsrechts gegen den Hauptschuldner zur Folge haben, sondern nur eine mora des Wechselgläubigers begründen, also nur eine Verbindlichkeit zum Ersatze des dem Schuldner durch die verzögerte Anforderung entstandenen Schadens erzeugen, sowie dem letzteren das Recht gewähren, durch Deposition sich von seiner Schuldverbindlichkeit zu befreien. Ein solcher Endtermin für die Anforderung der Einlösung erscheint aber auch dem Aussteller eines eigenen sowie dem Acceptanten eines trassirten Wechsels gegenüber dann um so mehr Bedürfniß, wenn die Verjährungszeit für die Rechte gegen jene Personen nicht schon mit der Ausstellung des eigenen Wechsels oder dem Accepte oder von dem Zeitpunkte an, wo die Einlösung verlangt werden kann, sondern erst von dem Tage der wirklich angeforderten Einlösung beginnen soll. Der Endtermin für die Einlösung des Wechsels erscheint dann als Anfangspunct für den Lauf der Verjährung, wenn die Einlösung nicht schon vorher verlangt worden sein sollte, und zugleich verlangt werden konnte. — Die Rechte gegen den Acceptanten eines trassirten Wechsels, sowie gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels, wenn

derselbe indossirt werden sollte, oder überhaupt nur indossirt werden darf, (was ja regelmäßig der Fall ist) kann aber nun nicht wohl sogleich mit dem Accepte oder der Ausstellung beginnen, weil sonst der belangte Regreßschuldner, welcher wieder seinen Regreß an dem Acceptanten oder dem Aussteller eines eigenen Wechsels nehmen will, hieran wegen inzwischen eingetretener Verjährung der Verbindlichkeiten der letzteren Personen leicht verhindert sein könnte.

Die oben unter Nro. 6 aufgeführten Wechsel widersprechen auf der andern Seite dem Interesse der Wechselnehmer in einem Grade, daß sie eigentlich nie in Uebung gewesen und zur rechtlichen Geltung und Anerkennung gelangt sind.

Hiernach bleiben blos noch die oben unter 2, 4, 5 erwähnten Wechsel als solche übrig, welche dem Bedürfniß des Wechselinstituts entsprechen, oder doch ihm nicht geradezu widersprechen.

Die unter 2 aufgeführten Wechsel, die Sichtwechsel in dem heutigen Sinne des Worts, welche sogleich zur Einlösung präsentirt werden können, aber erst binnen einer bestimmten Zeit zur Einlösung präsentirt werden müssen, entsprechen am meisten den Interessen der Wechselnehmer und am wenigsten den Interessen der Wechselgeber. Gerade umgekehrt verhält es sich mit den unter Nro. 5 aufgeführten Wechseln, den s. g. Zeitwechseln, welche nur an einem Termin, also weder vorher noch nachher zur Einlösung präsentirt werden können. Die letzteren treten unter mehrfachen Formen auf, indem entweder der betreffende Zeitpunkt von dem Aussteller durch Zahlen benannt oder auf andere Weise durch Gewohnheiten oder durch von Zeit zu Zeit wiederkehrende Ereignisse, worauf der Aussteller in dem Wechsel Bezug nimmt, bestimmt wird.

(Uso- und Meßwechsel.)

In dem Wechsel kann ferner der betreffende Termin von dem Aussteller in Zahlen unmittelbar durch Angabe des Monatstags eines gewissen Jahrs oder nur mittelbar festgestellt werden, indem ein gewisser Zeitraum (z. B. drei Monate) und ein gewisser Zeitpunkt, von welchem an dieser Zeitraum beginnen soll, (gewöhnlich der Tag der Ausstellung) angegeben wird,

so daß der letzte Tag eines solchen mit dem benannten Zeitpunkte beginnenden Zeitraums als der maßgebende erscheint. Die erstern Wechsel heißen Tagwechsel; die andern Datowechsel, wenn der im Wechsel angegebene Zeitraum vom Tage der Ausstellung beginnt, Zeitsichtwechsel, wenn jener Zeitraum erst vom Zeitpunkte der Vorzeigung des Wechsels seinen Anfang nehmen soll. Bei Datowechsel ist der betreffende Termin schon von vorn herein völlig bestimmt, weil sowohl der Anfangs- als Endpunkt des betreffenden Zeitraums durchaus bestimmt ist, und es unterscheiden sich diese blos in der umschreibenden Ausdrucksweise von den Tagwechseln *). Die Meßwechsel entsprechen nun den Tagwechseln, indem ein bestimmter Tag der Messe, gewöhnlich der letzte, als der entscheidende angesehen wird. Die Usowechsel entsprechen den Datowechseln und Zeitsichtwechseln, indem der Zeitraum, welcher sich an den in dem Wechsel benannten Anfangspunkt knüpft und an dessen letztem Tage der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden soll, durch Gewohnheit bestimmt ist.

Die oben unter Nro. 4 benannten Arten von Wechseln, deren Präsentation beim Bezogenen oder Aussteller eines eigenen Wechsels an einen Anfangstermin und an einen hiervon verschiedenen Endtermin geknüpft sind, stehen in der Mitte zwischen den unter Nro. 2 und den unter Nro. 5 erwähnten Wechseln. Hiernach sollte man annehmen, daß gerade diese Wechsel am häufigsten oder doch wenigstens überall da vorkämen, wo die Sichtwechsel im heutigen Sinne anerkannt seien, weil jene für die Wechselgeber immerhin vortheilhafter sind als die Sichtwechsel. Allein dies ist nicht der Fall; Wechsel der bezeichneten

*) Datowechsel sind häufiger als Tagwechsel. Die letzteren werden namentlich dann ausgestellt, wenn es dem Aussteller (aus besonderen Gründen) um einem bestimmten Monatstag oder auch Wochentag zu thun war, weil z. B. der Bezogene gerade an solchen Tagen Zahlungen zu leisten pflegte, oder dann, wenn der Aussteller die Entfernung des Verfalltages vom Ausstellungstag nicht nach Monaten oder Wochen, sondern nach Tagen bestimmen wollte. — Tagwechsel sind sehr oft auch auf Mitte oder Ende eines Monats gestellt, und lauten z. B. Medio, Ultimo März u. s. w.

Art sind eigentlich gar nicht in Uebung und die deutsche Wechsel-Ordnung hat sie wenigstens ausdrücklich nicht anerkannt. Man geht hierbei wohl davon aus, daß der Wechselnehmer an dem Tage, wo er den Wechsel zur Einlösung präsentiren könne, dieß auch thun müsse, damit der Bezogene nicht genöthigt werde, weiter sich und das Geld zur Einlösung bereit zu halten. Bei Sichtwechsel kann dieser Grundsatz aber nicht durchgeführt werden, weil derjenige, welcher einen Wechsel sogleich zur Zahlung präsentiren darf, wie schon oben bemerkt, nicht auch genöthigt werden kann, ihn sogleich zu präsentiren, vielmehr ihm hierzu einige Zeit freigelassen werden muß, während da, wo der Wechsel erst zur Einlösung an einem bestimmten Tage präsentirt werden kann, auch eine Nöthigung hierzu nicht unthunlich erscheint. Es geht aber auch nicht wohl an, Sichtwechsel aus dem Grunde überhaupt nicht zuzulassen, weil hiermit eine Nöthigung zur sofortigen Präsentation nicht verbunden werden kann. Allerdings sind Sichtwechsel weniger beliebt, und zwar ganz abgesehen davon, daß hier der, welcher den Wechsel einlösen soll, unter Umständen das Geld länger in Bereitschaft halten muß, schon deshalb, weil nicht mit Zuverläßigkeit vorausgesetzt werden kann, daß letzterer das Geld sofort schon in Bereitschaft haben werde, man vielmehr selbst da, wo eine vorherige Deckung des Bezogenen schon erfolgt ist, oder nicht nöthig erscheint, doch erst eine Benachrichtigung des Bezogenen vom Tage der Einlösung vorangehen lassen wird, damit letzterer sich und das Geld zur Einlösung an dem benannten Tage in Bereitschaft bringe. Sichtwechsel werden daher meist nur auf kleine Summen oder auf solche Häuser gezogen, welche Geld entweder stets vorräthig haben oder doch sofort sich verschaffen können; sie können hier indeß im Verkehr nicht ganz entbehrt werden. In jenen besonderen Fällen aber, in welchen auch Sichtwechsel öfters ausgestellt werden, hat gerade das weitere Hinausschieben des Endtermins weniger Bedenken, wenngleich in solchen Fällen eine gänzliche Befreiung der Sichtwechsel von einem Endtermin aus dem Grunde doch noch nicht gerechtfertigt erscheint, weil hier der Bezogene auch nach langer Zeit noch zur Einlösung bereit und im Stande sein werde.

## §. 4.

Die gewöhnlichsten Wechsel sind hiernach solche, welche erst an einem bestimmten Tage zur Einlösung präsentirt werden können, an demselben Tage aber auch hierzu präsentirt werden müssen. Seltener sind die Sichtwechsel, welche zur Einlösung sogleich präsentirt werden können, aber hierzu erst in bestimmter Zeit präsentirt werden müssen. Wechsel dagegen, welche an einem bestimmten Tage zur Zahlung präsentirt werden können, aber erst in einer entfernteren Zeit zur Zahlung präsentirt werden müssen, sind nicht im Gebrauche, obwohl sie dem Wechselinstitute nicht geradezu widersprechen. Doch gehören gewissermassen zu den letzteren solche Zeitwechsel, bei denen Respecttage bestehen. Der Wechselnehmer kann hier an dem im Wechsel oder durch Gewohnheit bestimmten Verfalltage — aber nicht vorher — den Wechsel zur Erhaltung des Regreßrechts zur Zahlung präsentiren; er kann aber auch die Präsentation bis zum letzten Respecttage verschieben. Diese Respecttage bestehen hier zum Vortheile des Wechselnehmers. Respecttage zum Vortheile des Wechselziehers und Bezogenen haben bei Zeitwechseln weniger Bedeutung. Denn der Verfalltag ist hier schon mit Rücksicht auf das Beschaffen des Geldes von vornherein festgesetzt. Bei Sichtwechsel verhält es sich gerade umgekehrt; hier bedarf der Wechselnehmer durchaus keiner Respecttage, weil ihm die Zeit vom Augenblicke der Ausstellung bis zum Endtermin offen steht. Respecttage sind hier nur für den Bezogenen, beziehungsweise für den Aussteller und die Regreßschuldner von Bedeutung, mögen diese nun von dem Augenblicke der Wechselausstellung laufen, so daß von dem Ablauf der Respecttage der Wechsel erst zur Zahlung präsentirt werden kann, oder mögen — was das Gewöhnlichste sein dürfte, — die Respecttage von dem Bezogenen vom Augenblicke der Präsentation in Anspruch genommen werden können *). Sind bei Sichtwechsel

*) Respecttage zum Vortheil des Bezogenen kommen namentlich bei der Präsentation des Wechsels zum Accept vor. Alle Wechsel erscheinen nämlich in Betreff dieser Präsentation als Sichtwechsel. Doch sind

Respecttage zum Vortheile des Bezogenen eingeführt, so erscheint der letzte Respecttag im Grunde als der Tag, an welchem die Zahlung — zur Erhaltung des Regresses — zuerst verlangt werden **kann**, der Endtermin dagegen, als der Tag, bis zu welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden **muß**. — Die allgemein deutsche Wechselordnung hat alle Respecttage im §. 33, also namentlich auch zum Vortheil des Wechselnehmers bei Zeitwechseln abgeschafft. Ob dieselbe daran wohlgethan hat, steht sehr dahin, indem der auf einen Tag bei der Präsentation zur Zahlung beschränkte Wechselnehmer hierbei sehr beengt ist. Indessen hat doch die allgemeine deutsche Wechselordnung auf der andern Seite Respecttage zum Vortheile des Wechselinhabers im §. 41 insofern wieder eingeführt, als die Protestaufnahme bei Zeitwechseln auch am zweiten Tage nach dem Verfalltag geschehen kann. Eine nothwendige Folge hiervon ist es, daß auch **vor** diesem zweiten Tage der Wechsel zur Zahlung nicht präsentirt zu werden braucht, da eine vorherige Präsentation ohne sofortige Beurkundung derselben — bei verweigerter Zahlung — zwecklos sein würde.

Eine gewisse Verwandtschaft mit solchen Wechseln, welche erst von einem gewissen Zeitpunkte an zur Zahlung präsentirt werden können, und ferner bis zu einem weiteren Zeitpunkte zur Zahlung präsentirt werden müssen, haben die Zeitsichtwechsel, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten. Diese Wechsel können nämlich **vor** dem Ablauf einer bestimmten Zeit zur Zahlung nicht präsentirt werden, es muß **mindestens**

---

hier öfters dem Bezogenen Respecttage in der oben angegebenen doppelten Beziehung gewährt. So soll nach manchen Wechselordnungen der Wechsel zum Accept nicht eher präsentirt werden können, als der Bezogene nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge von der beabsichtigten Ziehung Nachricht erhalten haben kann. Ferner soll nach manchen Wechselordnungen dem Bezogenen eine gewisse Zeit z. B. nach Art. 123 des Code de commerce 24 Stunden zum Accept freigelassen werden. **Beide** Punkte kamen auch bei der Berathung der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Sprache; allein die Majorität der Conferenz verwarf die Einführung solcher Respecttage.

vom Tage der Ausstellung an ein solcher Zeitraum verflossen sein, wie er in dem Wechsel als nach Sicht lautend festgesetzt ist. Ferner können solche Wechsel nach Ablauf eines größeren Zeitraums, welcher aus der im Wechsel bestimmten Zeit nach Sicht und aus der Frist, innerhalb welcher der Wechsel zur Feststellung der Sicht präsentirt werden muß, besteht, nicht mehr zur Zahlung präsentirt werden. Allein der Zeitpunkt, vor welchem hier der Wechsel zur Zahlung nicht präsentirt werden kann, und der Zeitpunkt, nach welchem der Wechsel nicht mehr zur Zahlung präsentirt werden kann, liegen hier nur an sich auseinander. In der Wirklichkeit fällt aber — von besonderen Respecttagen abgesehen — der Zeitpunkt, an welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden kann, mit dem Zeitpunkt, an welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden muß, zusammen. Der Zeitpunkt, in welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden kann, ist nämlich noch nicht von vorn herein durchaus bestimmt und schwebt noch in der Luft. Dieser Zeitpunkt ist nur theilweise durch den Endpunkt eines gewissen, im Wechsel angegebenen, Zeitraums insofern bestimmt, als der Wechsel vor Ablauf dieser Zeit jedenfalls nicht zur Zahlung präsentirt werden kann. Allein der Anfangspunkt dieses Zeitraums, der Lauf desselben, wird erst durch den Wechselnehmer bestimmt, der Wille des Wechselnehmers hängt indeß einerseits von der Thatsache der Präsentation zur Feststellung der Sicht ab, und ist dieser Act andrerseits an eine bestimmte Zeitfrist gebunden, so daß also der Wille des Wechselnehmers in der Bestimmung des Anfangspunktes des im Wechsel bestimmten Zeitraums nicht unbeschränkt ist. Innerhalb dieser, dem Wechselnehmer freigelassenen, Zeitfrist kann der Wechselnehmer die Präsentation zur Feststellung der Sicht vornehmen und an den Zeitpunkt dieser Präsentation knüpft sich dann der in dem Wechsel benannte Zeitraum an, an dessen letztem Tage der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden kann und auch (von besonderen Respecttagen abgesehen) präsentirt werden muß. — Wäre der Wechselnehmer bei solchen Zeitsichtwechseln an keine Präsentationsfrist zur Sicht gebunden, so würden diese Wechsel den oben in §. 3 unter Nro. 3 aufgeführten Wechseln nahe ver-

wandt sein. — Die Zeitsichtwechsel haben zwar den Nachtheil mit den Sichtwechseln gemein, daß hier öfters die erste Präsentation länger verschoben werden kann, ein Nachtheil, dem übrigens durch Festsetzung einer kurzen Präsentationsfrist vorzubeugen ist. Dagegen sind sie im Interesse des Bezogenen, beziehungsweise des Ausstellers und der Regreßschuldner gleichwie die reinen Zeitwechsel von den reinen Sichtwechseln dadurch ausgezeichnet, daß hier dem Zahler eine gewisse Zeit freigelassen ist, um sich gehörig zur Einlösung und zur Beschaffung der hierzu nöthigen Fonds anschicken zu können. Zeitsichtwechsel sind namentlich dann besonders beliebt, wenn Wechsel auf entfernt liegende Orte gezogen werden sollen. Denn der Aussteller eines Wechsels wird meistens die Absicht haben, dem Bezogenen eine gewisse Zeit zur Einlösung, vom Augenblicke der Kenntnißnahme der beabsichtigten Wechselziehung an, zu gewähren. Den Zeitpunkt der Kenntnißnahme hat aber nun der Wechselzieher da, wo der Wechsel auf entfernte Strecken gezogen werden soll, weniger in seiner Hand, er kann hier weniger mit Sicherheit darauf rechnen, daß sein Benachrichtigungsschreiben zu einer gewissen Zeit anlangt. Darum soll hier die Verfallzeit nach dem Augenblicke der Vorzeigung des Wechsels durch den Wechselnehmer bestimmt werden. Solche Zeitsichtwechsel mögen aber auch sonst öfters wenigstens in Fällen, wo die Präsentationsfrist zur Sicht verhältnißmäßig nicht zu lange ist, mehr im Interesse sämmtlicher bei dem Wechsel betheiligter Personen liegen, als ein Zeitwechsel.

## §. 5.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung kennt nur drei Hauptarten von Wechsel, nämlich:

1) reine Sichtwechsel,
2) Zeitsichtwechsel,
3) reine Zeitwechsel, und letztere wieder in drei Formen, nämlich als Datowechsel, als Tagwechsel, und als Meßwechsel. Die Usowechsel hat dagegen die allgem. deutsche Wechselordnung verbannt.

Die Sichtwechsel, sowie die Zeitsichtwechsel müssen binnen

einer bestimmten Zeitfrist, und zwar die ersteren zur Zahlung, die letzteren zur Feststellung des Tags der Einlösung präsentirt werden. Die allg. deut. W. O. hat indessen nicht vorgeschrieben, daß die Präsentationsfrist bei solchen Wechseln von vorn herein vom Aussteller im Wechsel bestimmt werden müsse. Vielmehr hat die allgem. deutsche Wechselordnung der Abkürzung halber eine gesetzliche Präsentationsfrist, jedoch nicht als eine unabänderliche festgestellt, und dem Aussteller die Anberaumung einer andern Präsentationsfrist freigegeben. Jedoch wird man die gesetzliche Präsentationsfrist hier nur als ein Maximum ansehen müssen, so daß der Aussteller zwar diese Frist abkürzen, aber nicht verlängern kann. Denn offenbar wollte die allg. deutsche W. O. aus den oben entwickelten Gründen die Präsentation bei Sichtwechseln an eine Zeit gebunden wissen, diese Absicht würde aber nicht erreicht werden, wenn diese Frist ins Endlose ausgedehnt werden könnte. — Die allgem. deutsche W. O. ist aber nicht wie andere Wechselordnungen, z. B. der sächsische Entwurf, so weit gegangen, daß sie alle Wechsel, welche bezüglich des Zeitpunktes der Einlösung nicht näher bezeichnet sind, als Sichtwechsel von vorn herein behandelt wissen wollte. Wer Sichtwechsel ausstellen will, muß dieses im Wechsel ausdrücklich angeben.

Bei Sichtwechseln kann also, wie bereits bemerkt, nach der a. d. W. O. vom Aussteller der Zeitpunkt bezeichnet werden, bis zu welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden muß. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß der Aussteller nach der allg. deut. W. O. bei Sichtwechseln einen Zeitpunkt festsetzen könne, vor welchem die Präsentation zur Zahlung nicht geschehen dürfe. Denn eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen der a. d. W. O. durch den Willen der Interessenten ist nur da zuläßig, wo dies die a. d. W. O. ausdrücklich gestattet. Auch würden durch eine solche Bestimmung im Grunde von dem Aussteller Respecttage zum Vortheile des Bezogenen, beziehungsweise Regreßschuldners angeordnet werden, welche nach §. 33 der a. d. W. O. nicht Statt finden sollen. Es könnte hier nur die Frage entstehen, ob eine derartige vom Aussteller hinzugefügte Beschränkung der Sicht-Wechsel blos ungültig sei,

oder auch den Wechsel selbst als ungültig erscheinen lasse. Die letztere Annahme ist jedenfalls consequenter, zumal, da wohl unterstellt werden muß, der Aussteller habe nur den Wechsel mit der hinzugefügten Beschränkung gelten lassen wollen.

Bei Zeitwechseln sowie bei Zeitsichtwechseln heißt der Tag, an welchem der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden kann, der Verfalltag, bei Sichtwechseln ist der Tag, wo der Wechsel wirklich zur Zahlung präsentirt wird, der Verfalltag. Der Tag, nach welchem ein Sichtwechsel nicht mehr zur Zahlung — zur Erhaltung des Regresses — präsentirt werden kann, hat keinen besonderen Namen, er soll hier künftig — zur Vermeidung von Umschreibungen — der Nothtag genannt werden. Bei Zeitwechseln erscheint nicht sowohl der Verfalltag, als vielmehr nach §. 41 der zweite hierauffolgende Tag, als Nothtag. Hiernach kommen als entscheidende Tage beim Wechsel vor, der Verfalltag, der Nothtag und der Verjährungstag. Bei Sichtwechseln beginnt die Verjährungszeit gegen Acceptanten oder Aussteller eines eigenen Wechsels nicht wie sonst bei den, an keinen Anfangstermin geknüpften, Forderungen sogleich, sondern erst mit dem Nothtag oder dem etwa früher eingetretenen Präsentationstag.

## §. 6.

Der Wechsel, welcher, seinem Hauptzweck nach, zur Einlösung bestimmt ist, tritt erst mit dem Verfalltage, oder gewissermassen erst mit der gehörigen Präsentation zur Verfallzeit, und bei Sichtwechseln mit der Präsentation an sich, in das Stadium der Einlösung. Der Wechsel ist aber auch regelmäßig vor Eintritt dieses Stadiums weiter begebbar und circulationsfähig, sowie zur Begebung und Circulation bestimmt. Bis zur Präsentation des Wechsels — bei dem Bezogenen, Domicilirten oder Aussteller eines eigenen Wechsels — welche aber vor dem Verfalltag nicht vorgenommen und über den Nothtag nicht hinausgeschoben werden kann, befindet sich der Wechsel in dem Stadium der Circulation. Wird auf die geschehene Präsentation des Wechsels die Einlösung verweigert, der eigentliche Zweck des Wechsels also nicht erreicht, so tritt, insofern über diese frucht-

lose Präsentation ein vorschriftsmäßiger Protest aufgenommen wird, der Wechsel in das Stadium des Regresses. Bei einem trassirten Wechsel, sowie bei einem indossirten eigenen Wechsel, welchem die Begebbarkeit nicht ausdrücklich entzogen ist, lassen sich also drei Stadien unterscheiden, das Stadium der Circulation, das Stadium der Einlösung und das Stadium des Regresses*).

Während des Stadiums der Circulation entstehen durch die Weiterbegebung eines begebbaren Wechsels neue Wechselverpflichtungen. Denn die Entstehung solcher selbstständigen Verpflichtungen durch Weiterbegebung ist gerade eine wesentliche Bedingung der freien Beweglichkeit der Werthpapiere, welche dann ausserdem noch dadurch unterstützt wird, daß die Erwerbung des Werthpapiers und der hiermit verknüpften Gläubigerschaft nicht an die civilrechtlichen Formen und Erfordernisse einer Uebertragung gebunden ist. Die Begründung solcher selbstständiger Wechselverbindlichkeiten ist aber regelmäßig eine doppelte. Der Begeber eines Wechsels macht seinem Nachmann nicht blos den Aussteller, beziehungsweise seinen Vormann, sondern auch sich selbst wechselmäßig für die Eingehung der Wechselsumme verbindlich. In diesen beiden Beziehungen geht die Weiterbegebung eines Wechsels, — wie an einem anderen Orte näher dargelegt wurde**) — weiter als die Cession einer Forderung; denn einmal tritt der Schuldner des Cedenten durch die Cession nicht in ein neues Schuldverhältniß zum Cessionar, sondern zu diesem nur in dasselbe Schuldverhältniß, in welchem er zum Ce-

*) Das dritte Stadium tritt regelmäßig nicht, sondern nur im Falle der erfolglosen Betretung des zweiten, das zweite aber mit einem gewissen Zeitpunkte immer ein, und damit schließt sich das erste. In dem zweiten und dritten Stadium wird der Wechsel gegen Geld eingelöst, in dem ersten Stadium kann er auch gegen Geld gegeben d. h. verkauft, er kann aber auch statt des Geldes gebraucht und ausgegeben werden, z. B. zur Deckung einer Schuld, zum Ankauf von Waaren u. s. w.

**) S. meine Abhandlung über die Natur des Papiergeldes, des Papiers au porteur und des Wechsels u. s. w. im Archiv für Wechselrecht. Bd. V. no. X. S. 256 insbesondere §. 17. S. 292.

denten gestanden hat. Zum andern garantirt der Cedent wenigstens in der Regel nicht den Eingang der cedirten Forderung, sondern blos deren Richtigkeit. Diese Eigenthümlichkeiten der Weiterbegebung können allerdings Abänderungen erleiden, indem die Begebbarkeit eines Wechsels nothwendig, wenigstens nach §. 9. der allgemeinen deutschen Wechselordnung, voraussetzt, daß der Wechselaussteller allen Nehmern eines Wechsels sich wechselmäßig verbindlich mache, ausserdem auch die weiteren Geber ohne eigene weitere Verbindlichmachung (als für die Richtigkeit der Forderung) den Wechsel übertragen, sowie ferner bei der Wechselübertragung nur dem unmittelbaren Nehmer sich verbindlich machen können. Alles dieß aber ist nur Ausnahme, und noch seltener sind solche Wechsel, welchen durch den Aussteller, der sich nur dem Remittenten wechselmäßig verpflichtet hat, die Begebbarkeit entzogen worden ist.

Die Circulation ist jedoch nicht blos ein weiterer, wenn auch nur regelmäßiger und in zweiter Linie stehender Zweck des Wechsels, sondern dieser liegt auch so sehr im Interesse des Wechselinhabers, daß derselbe während des Stadiums der Circulation nicht durch seine Vormänner und Schuldner gehindert werden kann, den Wechsel in Circulation zu setzen und hierdurch neue Verbindlichkeiten seiner Vormänner, welche sich den künftigen Nehmern gegenüber von vornherein verpflichtet haben, zu erzeugen. Der Wechselinhaber ist während des Stadiums der Circulation nicht nur nicht verpflichtet, sowie bei Zeitwechseln bis zum Eintritt des Verfalltags nicht einmal — zur Erhaltung des Regresses — berechtigt, die Einlösung des Wechsels beim Bezogenen zu verlangen, sondern es kann auch der Wechselinhaber während des Stadiums der Circulation die, sei es von Seiten des Bezogenen, von Seiten eines Regreßschuldners (Ausstellers oder Indossanten) oder endlich von Seiten eines Dritten angebotene Einlösung zurückweisen*). Der Wechselinhaber kann

*) In dem Art. 146 des Code de commerce ist dieß deutlich ausgesprochen. Denn dort heißt es: „Der Inhaber eines Wechsels kann nicht gezwungen werden, dessen Zahlung vor der Verfallzeit anzunehmen.

auch ein Interesse dabei haben, und es für bequemer finden, den Wechsel weiter in Circulation zu setzen und denselben statt des Geldes zu gebrauchen als ihn gegen Geld einzulösen. Die Weiterbegebung des Wechsels hat aber für die Wechselschuldner, und zwar sowohl für den Bezogenen, welcher durch den Accept Hauptschuldner geworden ist, als für den Regreßschuldner nicht blos den Nachtheil, daß er hierdurch in ein neues Schuldver-

---

In der Leipziger Wechselconferenz wurde die Richtigkeit dieses Grundsatzes auch allgemein anerkannt, und im §. 36 des Entwurfs der Fassungs-Commission demgemäß auch gesagt:

„Vor der Verfallzeit kann die Zahlung des Wechsels wider den Willen des Inhabers nicht geleistet werden." Später fand man jedoch die Aufnahme dieser — sonst gebilligten — Bestimmung deßhalb für bedenklich, weil hieraus leicht die Folgerung gezogen werden könne, als wenn eine mit beiderseitiger Einwilligung vor Verfall geleistete Zahlung dieselben Wirkungen erzeugen solle, als eine zur Verfallzeit geleistete Zahlung, was aber nicht gebilligt werden kann. Im Interesse der Wahrung der Rechte des wirklichen Eigenthümers, welcher den Wechsel nicht mehr besitzt, kann nämlich eine vor Verfall mit beiderseitiger Einwilligung geleistete Zahlung nur dann als gültig angesehen werden, wenn sie an den rechtmäßigen, beziehungsweise redlichen Inhaber geschieht, während eine zur Verfallzeit auch an einen unrechtmäßigen Inhaber geleistete Zahlung dann rechtswirksam ist, wenn der Zahlende in gutem Glauben sich befand oder als Wechselschuldner, Acceptant, nicht im Stande war, die Einrede der Fälschung liquid zu stellen. — Man beschloß daher, die von der Fassungs-Commission vorgeschlagene Bestimmung jedoch blos aus dem obenangeführten Grunde nicht aufzunehmen, indem man es auch nicht für gerathen hielt, die weitere Bestimmung des Code de commerce im Art. 144:

„Wer einen Wechsel vor dessen Verfallzeit zahlt, ist für die Gültigkeit der Zahlung verantwortlich" obgleich die Aufnahme einer solchen Bestimmung zur Beseitigung des gefürchteten Mißverständnisses geeignet gewesen wäre, (wie man dieß früher beschlossen hatte) aufzunehmen, indem der Art. 144 des Code zu unbestimmt sei, und eine bestimmtere Fassung ohne Casuistik nicht zu finden sei, s. Leipziger Conferenzprotocolle Nr. XIV vom 6. November und Nr. XXXIII vom 7. December 1847.

hältniß tritt und die ihm gegen den Vorgläubiger zustehenden Einreden nicht gebrauchen kann, sondern durch die Vermehrung der Wechselgläubiger — (welche bis auf den letzten Wechselinhaber als eventuelle Gläubiger erscheinen) — kann auch die Anzahl der Regreßnehmer sich vermehren, was dann eine Vergrößerung der Schuldsumme wieder zur Folge hat. Ferner muß auch dem Wechselschuldner — Hauptschuldner wie Regreßschuldner — die Möglichkeit gewährt werden, vor dem Ablauf der Verjährungszeit sich von seiner Schuldverbindlichkeit zu befreien und die Weiterbegebung des Wechsels und Erzeugung weiterer Wechselverbindlichkeiten zu verhindern.

Die Begebbarkeit und Circulationsfähigkeit des Wechsels erfordert somit eine Zeitgrenze. Diese Zeitgrenze ist bei Sichtwechseln der Nothtag, bei Zeitwechseln und Zeitsichtwechseln muß aber wohl der Verfalltag, und nicht der zweite Tag nach diesem, als eine solche Zeitgrenze betrachtet werden. Denn die zwei weiteren Tage sind blos dem Wechselinhaber gestattet, um die Aufnahme des Protestes vorzubereiten. Der Wechselinhaber kann zwar auch erst am zweiten Tage dem Bezogenen den Wechsel zur Zahlung präsentiren, und deßhalb soll der Acceptant auch erst nach Ablauf der zwei Tage, wenn der Wechselinhaber nicht bei ihm erschienen ist, zur Deposition schreiten können, Damit ist aber nicht gesagt, daß der Acceptant nicht auch schon am Verfalltage die Zahlung dem Wechselinhaber anbieten, und im Falle der verweigerten Annahme sofort die Deposition der Wechselsumme vornehmen dürfe. Der Nothtag hat also bei Sichtwechseln sowie der Verfalltag bei Zeitwechseln und Zeitsichtwechseln die Bedeutung, daß die früheren Wechselschuldner nicht mehr wechselrechtlich verbindlich werden können. Die Stelle des Nothtags vertritt in der eben angegebenen Beziehung bei Sichtwechseln nur auch der etwa früher eingetretene Tag der wirklichen Präsentation des Wechsels. Der Zeitwechsel und Zeitsichtwechsel tritt also mit dem Verfalltage, der Sichtwechsel mit dem Nothtage oder mit dem etwa früher eingetretenen Präsentationstag aus dem Stadium der Circulation in das Stadium der Einlösung; es sollen nun in Folge der Begebung keine neuen Schulden — wenigstens auf Seiten der früheren Schuldner

mehr gemacht, sondern es sollen die bereits entstandenen Schulden nunmehr auf dem Wege der Einlösung bezahlt werden*). Dieser Grundsatz wird auch allgemein bei den Regreßschuldnern (Ausstellern eines trassirten Wechsels, Indossanten) nicht so in Betreff der übrigen Wechselschuldner z. B. den Acceptanten anerkannt. Das ist aber inconsequent. Der Wechselnehmer ist nur weiter auch zur Erhaltung des Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten genöthigt, bis zum Nothtag bei Sichtwechseln sowie bei den sonstigen Wechseln am Verfalltag oder innerhalb zweier Tage vom Verfalltage an die Einlösung des Wechsels durch gehörige Präsentation desselben zu beantragen. Eine solche Verpflichtung des Wechselinhabers besteht zwar auch dem Hauptschuldner, d. h. dem Aussteller eines eigenen Wechsels, sowie dem Acceptanten eines gezogenen Wechsels gegenüber, allein hier hebt die Nichtbefolgung dieser Obliegenheit die Wechselverbindlichkeit der letzteren Personen nicht auf, sondern hat nur andere Nachtheile im Gefolge.

§. 7.

Die Entstehung neuer Wechselverbindlichkeiten auf Seiten aller früheren Schuldner durch Weiterbegebung des Wechsels hört aber in gleicher Weise auf im Falle der wirklichen rechtsgültigen Einlösung, sowie im Falle der gehörig und rechtszeitig, (d. h. am vorgeschriebenen Termine oder innerhalb der vorgeschriebenen Frist) aber erfolglos geforderten Einlösung, sowie endlich im Falle der unterlassenen Anforderung der Einlösung am vorgeschriebenen Termine oder innerhalb der vorgeschriebenen Frist. Nur in anderer Beziehung gehen diese verschiedenen Fälle in ihren Wirkungen auseinander. Durch die wirkliche Einlösung

---

*) Brackenhöft im Archiv für Wechselrecht Bd. I. Nr. IX. Die Wechselung des Wechselbriefs u. s. w. drückt sich dort §. 9. S. 252 und 253 so aus:

„Die Dauer des Wechselgeschäfts ist begrenzt durch die Verfallzeit, mit deren Eintritt der Inhaber die Beendigung desselben durch das Fordern des Einwechsels oder der Zahlung herbeizuführen hat,"

und dann weiter: „Der Wechsel hört mit dem Verfall auf, wechselbar zu sein.

eines Wechsels erlöschen alle Wechselverbindlichkeiten, also um so mehr die der Regreßschuldner; der Regreß wird unnöthig, es kommt der Wechsel gar nicht in das Stadium des Regresses*). Im Falle der versäumten vorschriftsmäßigen Präsentation eines Wechsels zur Einlösung geht wenigstens der Regreß gegen den Regreßschuldner verloren; das Recht auf Einlösung gegen den etwaigen Hauptschuldner, insbesondere gegen den Bezogenen, welcher durch Accept Hauptschuldner geworden ist, verbleibt aber dem Wechselinhaber bis zum Ablauf der Verjährungszeit. Im Falle der erfolglos vorgenommenen vorschriftsmäßigen Präsentation des Wechsels zur Einlösung tritt der Wechsel in das Stadium des Regresses, welches sich mit dem Ablauf der Verjährungszeit der Regreßforderungen schließt. Der Wechselinhaber ist hier nur auf den Regreßweg dann nicht beschränkt, wenn noch ein Hauptschuldner vorhanden, also insbesondere, wenn ein Accept in einem gezogenen Wechsel von Seiten des Bezogenen erfolgt ist.

Der Regreßschuldner eines gehörig präsentirten und protestirten Wechsels sowie der Acceptant eines protestirten Wechsels und der Acceptant eines präjudicirten Wechsels stehen sich insofern ganz gleich, als dieselben nach wie vor bis zum Ablaufe der Verjährungszeit zwar wie vorher verpflichtet bleiben, aber durch Weiterbegebung nicht weiter wechselmäßig verpflichtet werden können. Nur der Regreßschuldner eines präjudicirten Wechsels zeichnet sich vor dem vorgenannten Wechselschuldner dadurch aus, daß er aus aller Wechselverbindlichkeit heraustritt. Allein es fehlt an allem Grunde, den Regreßschuldner eines protestirten Wechsels anders als den Acceptanten eines protestirten

*) Sonstige Geldpapiere au porteur können auch nach der wirklichen Einlösung noch mit voller Wirkung aufs Neue in Circulation gesetzt werden. Auch die vor der Verfallzeit geschehene wirkliche Einlösung — (welche der Wechselinhaber nicht zurückgewiesen hat) — tilgt die Wechselverbindlichkeiten und entzieht sonach dem Wechsel die weitere Begebbarkeit, wenn der Wechselinhaber rechtmäßiger oder redlicher Inhaber war, oder in dessen Namen, beziehungsweise mit dessen Bewilligung, die Zahlung entgegen genommen ward.

Wechsels zu behandeln, und noch weniger Grund liegt vor, in der oben hervorgehobenen Beziehung zwischen dem Acceptanten eines protestirten und dem Acceptanten eines präjudicirten Wechsels einen Unterschied zu machen. Die Regreßeigenschaft einer Wechselschuld bedingt blos die Nothwendigkeit der Präsentation des Wechsels zur Einlösung in der vorschriftsmäßigen Zeit, um sich den Regreß gegen den Schuldner zu erhalten. Allein die Beendigung der Weiterverpflichtung der frühern Schuldner durch Weiterbegebung des Wechsels hängt nur von dem Eintritt des Zeitpunktes der Einlösung, d. h. des Zeitpunktes ab, wo die Einlösung von dem Schuldner verlangt werden konnte, beziehungsweise von dem Wechselinhaber gefordert werden mußte, oder des Zeitpunktes, wo die Einlösung von Seiten des Wechselinhabers gefordert werden konnte und auch gefordert worden ist, ohne daß es hier darauf ankommen kann, ob der Schuldner Regreßschuldner war, und die Regreßbegingungen erfüllt worden sind. Gleichgültig ist es, ob in jenem entscheidenden Zeitpunkte der Wechselschuldner schon unbedingt verpflichtet gewesen oder erst ein unbedingter Wechselschuldner geworden ist. Der erwähnte Zeitpunkt ist der Wendepunkt im Wechselverkehr und gerade darum auch für die Wahrnehmung der Regreßbedingungen entscheidend. Nur soviel ist weiter zugegeben, daß der Regreßschuldner nach erhobenem Proteste noch mehr Grund hat, sich nicht weiter selbstständig verpflichten und eine neue Garantie übernehmen zu wollen, weil seine Erwartung der Honorirung des Wechsels durch den Bezogenen gesunken ist. — Man sagt hier gewöhnlich, der protestirte Wechsel gehe nur rückwärts und könne nicht mehr vorwärts gehen, er habe die Bestimmung rückwärts zu gehen erhalten, und die Bestimmung vorwärts zu gehen verloren. Allein das sind unklare Redensarten und unrichtige Gegensätze. Die wahren Gegensätze bestehen zwischen dem Zeitpunkt der Circulation und dem der Einlösung, zwischen dem Zeitpunkt des Schuldenmachens und dem des Schuldenzahlens. Die Bestimmung der Weiterverpflichtung der Wechselschuldner durch die Circulation und Weiterbegebung des Wechsels hört auf, wenn die Bestimmung der Einlösung praktisch werden kann und soll, oder praktisch werden muß, mag nun die Einlösung

auf direktem, in dem Wechsel angewiesenen, Wege oder auf dem Regreßwege gesucht werden. Der dritte Weg ist nur, wie bereits bemerkt, der nächste, und erst wenn dieser gehörig und rechtzeitig eingeschlagen worden ist, aber nicht zum Ziel führt, kann der Regreßweg betreten werden. — Der Acceptant eines Wechsels will aber auch gewiß durch Wechselbegebungen nicht länger verpflichtet werden als der Wechselaussteller. Der Acceptant kann sich ferner in dem obenerwähnten entscheidenden Zeitpunkte durch Einlösung oder Deposition von jeder Schuld für die Zukunft im Voraus befreien; er muß daher auch ohne diese Mittel in jenem Zeitpunkt befreit werden, wenn und insoweit ihm eine schützende Einrede zur Seite steht, welche eine solche Einlösung oder Deposition unnöthig macht.

Läßt sich aber nun nicht der Satz vertheidigen, daß der Regreßschuldner eines protestirten Wechsels nicht, wohl aber der Acceptant in dem entscheidenden Zeitpunkt der Einlösung weiter verpflichtet werden könne, so ist die Ansicht derer noch weit weniger zu billigen, welche in der fraglichen Beziehung den Acceptanten eines gehörig präsentirten und protestirten Wechsels gleich dem Regreßschuldner eines solchen Wechsels günstiger gestellt wissen wollen, als den Acceptanten eines präjudicirten Wechsels. Der Protest hat in Bezug auf die Verbindlichkeiten des Acceptanten keinen unmittelbaren Einfluß, er ist für diesen nur dann entscheidend, wenn er den Tag der Einlösung bestimmt. Dieß tritt aber in den Fällen ein, wenn schon vor dem Tage, wo die Einlösung längstens gefordert werden muß, dem Nothtage, die Einlösung verlangt werden kann und verlangt wird. Hier ist der durch Protest beurkundete Präsentationstag der maaßgebende Tag der Einlösung.

Jolly*) will deßhalb das Indossament eines protestirten Wechsels den Vorschuldnern — Regreßschuldnern wie Hauptschuldnern — gegenüber anders als das Indossament eines präjudicirten Wechsels (welches die Regreßschuldner, nicht aber die übrigen Wechselschuldner ganz entbunden hat,) behandelt wissen,

*) Von dem Indossament im Archiv für Wechselrecht Bd. IV. N. XIV. S. 374. Bd. V. N. III. S. 37, insbesondere §. 5.

weil der protestirte Wechsel seine Bestimmung, ja seine Fähigkeit zu cursiren verloren habe. Allein das ist gerade die zu beantwortende Frage, ob, warum, inwiefern und inwieweit der protestirte Wechsel, und ob und warum nicht auch der präjudicirte Wechsel die Bestimmung zur Circulation verlieren soll. — Jolly geht davon aus, der Inhaber eines protestirten Wechsels habe durch die Präsentation desselben und die Erhebung des Protestes zu erkennen gegeben, daß er nunmehr zur Geltendmachung der Wechselrechte, insbesondere der Regreßrechte, schreiten, und die Wechselschuldner durch Weiterbegebung des Wechsels nicht mehr selbstständig verbindlich machen wolle. Der Wille des Wechselinhabers ist aber hier eben nur insofern entscheidend, als er den Verfalltag durch die Präsentation des Wechsels bestimmt*). Denn auch mit dem im Wechsel bestimmten Verfalltag oder mit dem gesetzlichen Nothtag (bei Sichtwechseln) kann der Wechselinhaber, ohne daß es einer Selbstbeschränkung weiter bedürfte, nur noch die Einlösung fordern, sowie nach Erfüllung der Regreßbedingungen den Regreßweg betreten. Der Wechsel vermag hier überall seinen Zweck in Folge der Weiterbegebung als Circulationsmittel zu dienen, gerade deshalb nicht mehr vollständig zu erfüllen, **weil** hierdurch keine neue Wechselverpflichtungen der Wechselschuldner mehr entstehen können. Nicht aber kann hier umgekehrt der Wegfall solcher neuen Wechselverpflichtungen aus dem Verluste der Circulationsbestimmung des Wechsels abgeleitet werden. Würde der Wechselnehmer nicht schon an sich bei Zeitwechseln und Zeitsichtwechseln mit dem Verfalltage, sowie bei einem Sichtwechsel mit dem Nothtage, oder mit dem bei den letzten Wechseln von ihm selbst früher herbeigeführten Präsentationstag — der hier als Verfalltag gilt, — blos darauf beschränkt sein, die Einlösung zu fordern, sowie seine Forderungsrechte gegen den Acceptanten und nach Erfüllung der Regreßbedingungen gegen die Regreßschuldner geltend zu machen, und er nicht das Recht verloren haben, durch Weiterbegebung seine Vorschuldner zu verpflichten, so würde er auch durch den Act der Protesterhebung ein solches Recht nicht verlieren. Denn die zur Verfolgung der

*) Das ist, wie oben bemerkt, bei Sichtwechseln der Fall.

**Ansprüche gegen den Hauptschuldner (Acceptanten u. s. w.) gar nicht nöthige Protesterhebung hat nur den Zweck, den Regreß sich zu wahren, nicht aber die zur Zeit der Protesterhebung noch weiter bestehende Rechte aufzugeben.**

## §. 8.

Bisher war blos davon die Rede gewesen, daß mit dem Eintritte des Nothtags, beziehungsweise mit der nicht vorzeitig vorgenommenen Präsentation des Wechsels zur Einlösung und Protesterhebung alle Vorschuldner, Aussteller, Indossanten, wie Acceptant nicht mehr selbstständig verpflichtet werden könnten, vielmehr der Acceptant bis zum Ablauf der Verjährungszeit oder bis zur Einlösung, der Regreßschuldner aber nur im Falle der Erfüllung der Regreßbedingungen bis zum Ablauf der Verjährungszeit oder bis zur Einlösung lediglich in der *früheren* Weise verpflichtet bleibe.

Eine andere Frage ist nun die, ob diejenigen Wechselinhaber, welche einen protestirten oder einen präjudicirten Wechsel, beziehungsweise einen Wechsel erst mit dem Eintritte des Nothtags weiter begeben haben, — die Nachindossanten, — (wie dieselben genannt werden sollen,) nicht in Folge der Weiterbegebung selbstständig verpflichtet werden, ob also wenigstens in *diesem* Punkte das Nachindossament in seinen *Wirkungen*, weiter gehe, als eine bloße Cession. Es fragt sich hier vorerst, ist anzunehmen, daß der Nachindossant selbstständig verpflichtet sein *wolle* — denn die Wechselverpflichtung ist überhaupt nicht eine nothwendige, sondern nur regelmäßige Folge eines sonstigen Indossaments — und sodann, ob ein solcher Nachindossant auch selbstständig verpflichtet werden *könne*. Was nun die erste Frage anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen dem Nachindossament eines protestirten, sowie zwischen dem *Nachindossament* eines acceptirten und nichtacceptirten präjudicirten oder doch noch nicht protestirten Wechsels*). Bei dem Indossanten eines protestirten Wechsels läßt sich nun die Absicht einer eigenen Wechselverbindlichmachung nicht unterstellen, weil der Nachindossant eine Zahlung nicht zu garantiren geneigt sein wird, welche schon

---

*) Ein Nachindossament liegt nämlich auch dann vor, wenn ein Wech-

einmal ausdrücklich verweigert worden war, und ferner auch ohne Unterstellung einer eigenen Selbstverpflichtung das Nachindossament einen Zweck hat, nämlich den, die gegen die Vorschuldner bestehenden Rechte, wie bei einer Cession zu übertragen. Das Nachindossament muß also hier wie ein an sich zulässiges Indossament sine obligo rechtlich behandelt werden. Anders verhält es sich schon mit dem Nachindossament eines noch nicht protestirten, aber auch noch nicht präjudicirten, sowie eines mit einem Accept versehenen präjudizirten Wechsels. Hier spricht gegen die Absicht einer Selbstverpflichtung nicht der eben erwähnte Grund; allein man ist auch auf der andern Seite nicht unbedingt zur Unterstellung einer beabsichtigten Selbstverpflichtung genöthigt, weil die Indossirung hier wenigstens durch eine beabsichtigte Uebertragung vorhandener Rechte erklärt werden kann. Die Indossirung eines präjudicirten nicht acceptirten Wechsels läßt aber kaum eine andere Auslegung zu, als die einer beabsichtigten Selbstverpflichtung, weil dieselbe sonst gar keinen Zweck haben würde. Man hat also nur die Wahl, entweder ein derartiges Indossament als rechtlich unzulässig oder unerheblich zu erachten, oder die Selbstverpflichtung des Nachindossanten als Folge des Indossaments anzuerkennen. Thut man das letztere, so hat allerdings die Nachindossirung eines solchen Wechsels die Bedeutung einer neuen Trassirung, und fragt es sich, ob man eine solche Indossirung als eine neue Trassirung zulassen soll. Dagegen spricht die Analogie zweier wechselrechtlichen Grundsätze einer Tratte, welche wenigstens in der allgemeinen deutschen Wechselordnung aufgestellt und anerkannt worden sind. Die Tratte muß nämlich entweder die Angabe des Tages der Einlösung mittelbar oder unmittelbar enthalten, oder als Sichtwechsel bezeichnet worden sein, wenn sie Gültigkeit haben soll; eine Tratte, welche die Angabe eines solchen Tages nicht enthält, soll aber nicht, wie bereits oben bemerkt, als ein Sichtwechsel behandelt werden. — Läßt man indeß einmal das Indossament eines präjudicirten Wechsels

---

sel nach dem Verfalltage, aber vor dem zwei Tage hiervon entfernten Protesttage weiter indossirt wurde.

als eine neue Tratte zu, so erscheint es allerdings als das Angemessenste, diese wie einen Sichtwechsel zu behandeln. Die Ansichten derer, welche sich für die Zulässigkeit der Indossirung eines präjudicirten Wechsels ausgesprochen haben, gehen jedoch in dieser Beziehung auseinander*). Denn einige gehen davon aus, daß ein solcher Wechsel sofort zur Einlösung präsentirt werden müsse, Andere nehmen an, daß ein solcher Wechsel zwar sogleich präsentirt werden könne, aber erst mit Ablauf der Sichtzeit (gewöhnlich 2 Jahre) präsentirt werden müsse, Andere endlich halten den Nachindossatar für berechtigt, einen derartigen Wechsel bis zum Ablauf der Verjährungszeit zu präsentiren. Die erstere Ansicht ist schon deshalb zu verwerfen, weil, wie oben ausgeführt, ein Wechselinhaber mit Wirksamkeit nicht zur sofortigen Präsentirung des Wechsels verpflichtet werden kann. Aber auch für die dritte Ansicht liegt kein ausreichender Grund vor, und ist diese um so weniger zu billigen, als ja bei einem weder vor noch nachher acceptirten Wechsel, von einer Verjährungszeit überhaupt nicht die Rede sein kann. Mithin wird man sich, im Falle der Zulassung eines solchen Nachindossaments, nur für die zweite Ansicht erklären können, jedoch mit der Einschränkung, daß da, wo eine Verjährungszeit läuft, und vor der Sichtzeit abläuft, der Wechsel bis zum Ablauf der Verjährungszeit zur Einlösung präsentirt sein muß.

Gegen die Zulassung eines solchen Indossaments spricht aber auch ferner die Analogie des im §. 9 der allgemeinen deutschen Wechselordnung anerkannten Grundsatzes, daß da, wo der Aussteller nur seinem unmittelbaren Nehmer, nicht aber dem ferneren Nehmer sich selbstständig verbindlich machen wollte, auch durch Indossirung auf Seiten des Indossanten keine wechselmäßigen Verpflichtungen entstehen sollen. Mithin müßte consequent auch da, wo der Aussteller aus andern Gründen nicht mehr selbstständig verpflichtet werden konnte, und wollte, durch das Indossament keine wechselmäßige Verpflichtung des Indossanten erzeugt werden können.

Trotz dieser Gründe hat der Handelsstand sich für die

*) Archiv für Wechselrecht Bd. V. N. 58. S. 449.

Zulässigkeit derartiger Indossamente eines nicht acceptirten präjudicirten Wechsels, also dafür ausgesprochen, daß durch die Indossirung eines solchen Wechsels der Nachindossant wechselmäßig verpflichtet werde*). — Hiernach wird man denn aber auch weiter den Nachindossanten eines jeden nicht protestirten, sowie den Nachindossanten eines präjudicirten acceptirten Wechsels als Wechselschuldner behandeln müssen. — Nur der Nachindossant eines protestirten Wechsels kann aus den obigen Gründen keinenfalls als wechselmäßig verpflichtet angesehen werden. — Der Aussteller, der Vorindossant, sowie der Acceptant eines präjudicirten wie protestirten Wechsels können ferner nicht mehr wechselmäßig verpflichtet werden, wenn sie auch, je nach Umständen, wie früher verpflichtet bleiben.

## §. 9.

Das Indossament zeichnet sich nicht blos von der Cession durch seine weitergehenden Wirkungen in den zwei oben hervorgehobenen Beziehungen, sondern auch dadurch aus, daß es an weniger Voraussetzungen wie eine Cession insoferne gebunden ist, als hier weder eine Reihe ununterbrochener Uebertragungsakte, noch die hierzu erforderlichen civilrechtlichen Formen und sonstigen Momente verlangt werden, vielmehr schon die Ununterbrochenheit der Indossamente, sowie der gute Glaube des Indossatars genügt, und namentlich die Falschheit der Indossamente

---

*) Hieran knüpft sich eine weitere Frage, nämlich die, ob der Bezogene, welcher nach der Ertheilung des Nachindossaments eines präjudicirten Wechsels diesen acceptirt hat, so zu behandeln ist, als sei mit Rücksicht auf die neue und nicht die erste Trassirung acceptirt worden, in welchem Falle der Bezogene denn allen späteren Nachindossataren bis zum Ablauf der neuen Verfallzeit bzw. des Nothtages selbstständig verbindlich werden würde. Für die Bejahung dieser Frage spricht viel. Dagegen ist das Accept, welches nach der Präjudicirung eines Wechsels, aber vor einem Nachindossament geleistet wurde, nur als mit Rücksicht auf die erste Tratte ertheilt zu betrachten, und das Accept erzeugt hier keine selbstständige Verpflichtung den Nachindossataren gegenüber.

an sich der Activlegitimation des Wechselinhabers nicht entgegensteht. Auch diese weitere Auszeichnung des Indossaments vor einer Cession, welche übrigens durchaus nicht in allen Wechselordnungen anerkannt ist, macht den Wechsel zur Circulation geeigneter und hat sich aus diesem Grunde Geltung verschafft. Die Brauchbarkeit des Wechsels als eines Circulationsmittels hat sich nun aber nach erhobenem Proteste dadurch sehr vermindert, daß aus den oben dargelegten Gründen keine neue Wechselverbindlichkeiten sowohl von Seiten der Vorschuldner als der Nachindossanten mehr durch die Weiterbegebung des Wechsels entstehen sollen und können. Hiernach fragt es sich nun, ob gerade aus diesem Grunde auch das weitere Unterstützungsmittel der Circulation, nemlich die erleichterten Bedingungen des Erwerbs und damit der Gläubigerschaft nothwendig wegfallen müssen, oder doch ihren Werth wenigstens in einem Maaße verlieren, daß eine Beibehaltung derselben, Angesichts der hiermit verbundenen Nachtheile, nicht gerathen erscheint. Für die Verneinung dieser Frage möchte indessen das Meiste sprechen. Beide Momente, die ausgedehntere Schuldnerschaft der Wechselschuldner, sowie die erleichterte Erwerbung der Gläubigerschaft stehen an sich in keinem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse, sondern haben ihren Vereinigungspunkt nur in der Eigenschaft als Mittel zu einem und demselben Zwecke — der Beförderung der Circulation. — Sowie es einerseits vorkommen kann, und wirklich vorkommt, daß der Schuldner nicht blos seinen unmittelbaren Gläubigern, sondern allen Nachfolgern derselben verbindlich wird, aber diese Nachfolge in der Gläubigerschaft eine stetige ununterbrochene Reihe von Uebertragungen in den gewöhnlichen Formen voraussetzt, so ist es auf der andern Seite nicht widersprechend, wenn der Schuldner zwar nur selbstständig seinen **unmittelbaren** Gläubigern verbindlich wird, ein solches Forderungsrecht aber von allen denen ausgeübt werden kann, welche in dem redlichen Besitze eines Schuldscheins sich befinden. Man kann aber auch ferner den erleichterten Bedingungen des Wechselerwerbs nicht deßhalb allen Werth bei protestirten Wechseln absprechen, weil diese wegen der mangelnden Weiterverpflichtung der Vorschuldner und der Nachindossanten

nicht mehr in dem Maaße wie früher zur Circulation geeignet sind. Protestirte Wechsel werden allerdings und zwar nicht blos aus diesem Grunde, sondern auch deßhalb bei weitem nicht so oft, wie sonstige — noch nicht verfallene und noch nicht protestirte — Wechsel weiterbegeben werden, weil man nunmehr besonders darauf bedacht ist, den Regreßweg zu betreten, und auch hier eine gewisse Beschleunigung wegen der kurzen Verjährungszeit der Regreßklagen geboten ist. Bei allem dem möchte aber doch das Bedürfniß einer Weiterbegebung protestirter Wechsel noch stark genug sein, um auch hier die Vortheile, welche mit den erleichterten Bedingungen des Wechselerwerbs verbunden sind, für überwiegend gegen die hiermit verknüpften Nachtheile anzuschlagen.

## §. 10.

Ueber die Wirkungen des Indossaments nach Verfall wird sich in den meisten Wechselordnungen gar nicht verbreitet*). Die Ansichten der Schriftsteller gehen aber hierüber sehr auseinander. Nur darin stimmen so ziemlich Alle überein, daß nicht blos bei präjudicirten Wechseln alle Wechselverbindlichkeiten der früheren Regreßschuldner aufhören, sondern daß auch bei protestirten Wechseln dieselben nicht mehr weiter verpflichtet werden können, vielmehr nur in dem Umfange und in der Weise wie früher verpflichtet bleiben. Um so verschiedener sind dagegen die Ansichten über die Wirkungen eines Nachindossaments in Betreff des Acceptanten und des Nachindossanten. Einige wollen dem Indossamente nach Verfall überhaupt, also nicht blos in Betreff der früheren Regreßschuldner (Ausstellers und Vorindossanten) sondern auch in Betreff des Acceptanten und des Nachindossanten nur die Wirkungen einer Cession einräumen, so daß hiernach der Acceptant nur insofern und insoweit wechselrechtlich verbindlich werde, als er es zur Verfallzeit war, die

*) Ueber die Geschichte und Literatur dieses Indossaments ist zu vergleichen: Mittermaier das Indossament nach dem Verfalltage im Archiv für Wechselrecht Bd. I N. II. S. 10.

gegen ihn bestandenen Rechte mithin nur übertragen werden können, der Nachindossant aber überhaupt nicht wechselrechtlich verpflichtet werde und nur für die Wahrheit der übertragenen Wechselforderungen, wie der Cedent hafte *). Andere gestehen dem Nachindossatar sowohl selbstständige Rechte gegen den Acceptanten, als wechselmäßige Regreßrechte gegen den Nachindossanten zu **). Wieder andere nehmen an, daß zwar der Acceptant durch ein Nachindossament selbstständig verbindlich werde, der Nachindossant aber nur, wie ein Cedent hafte ***). Ferner wollen Manche in umgekehrter Weise zwar den Nachindossanten wechselrechtlich, nicht aber den Acceptanten selbstständig verbindlich werden lassen †). Endlich wird von Manchen zwischen einem präjudicirten Wechsel und zwischen einem protestirten Wechsel, und zwar von einem Theile derselben sowohl in Betreff des Acceptanten als der Nachindossanten unterschieden, indem durch die Indossirung eines präjudicirten nicht aber durch die Indossirung eines protestirten Wechsels der Acceptant selbstständig und der Nachindossant wechselmäßig verpflichtet werden soll ††). Dagegen wollen Andere (und diese Ansicht wurde oben näher begründet) diese Unterscheidung nur in Betreff der Verbindlichkeiten der Nachindossanten gelten lassen. Hier entsteht dann die weitere Frage, ob der Acceptant (sowohl im Falle der Indossirung eines präjudicirten wie protestirten Wechsels) selbstständig verbindlich werden soll †††), oder nur (wie oben näher darge-

---

*) Diese Ansicht ist vielfach vertreten z. B. Mend Pöhls Darstellung des Wechselrechts Bd. II. R. 346. — Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts S. 100. §. 53. Nr. I. 2 und II. 2.

**) Z. B. Treitschke Encyklopädie der Wechselrechte S. 502 u. 503.

***) Dahin geht im Wesentlichen die Ansicht Einert's in seinem Sächsischen Entwurf Tit. VIII. §. 13, sowie der spätere Sächsische Entwurf §. 161.

†) Diese Ansicht wird namentlich von Thöl, Handelsrecht, Bd. II. S. 339. §. 245 vertheidigt.

††) Dahin geht die oben näher geprüfte Ansicht Jelly's a. a. O.

†††) Dies wird von Liebe im §. 28 des Braunschweig'schen Entwurfes S. 97 der Motive angenommen. Die von ihm geltend gemachte

legt wurde) wie ein Regreßschuldner nach erhobenem Proteste zu haften verbunden ist. In den verschiedenen (vier) Preußischen Wechselentwürfen, welche der allgemeinen deutschen Wechselordnung vorausgingen, nahm man an, daß ein Indossament nach Verfall nicht an die Bedingungen einer Cession geknüpft sei, aber nur die Wirkungen einer Cession zu erzeugen vermöge, da mit dem Verfalltage der Lauf des Wechsels sich sistire, das eigentliche Wechselgeschäft sich abschließe und die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten derer, welche in das Wechselgeschäft eingetreten seien, sich fixirten. Deßhalb könnten die Vorschuldner des Nachindossanten jedenfalls durch ein Nachindossament nicht weiter selbstständig verbindlich werden und also auch die gegen den Nachindossanten ihnen zustehenden Einreden geltend machen. Dies gelte sowohl von den Regreßschuldnern (Aussteller und Vorindossanten) als von dem Acceptanten, der nicht ungünstiger als jene behandelt werden könne. — Eine wechselmäßige Verpflichtung des Nachindossanten würde sich eher rechtfertigen lassen, indeß liege hierzu — da Wechsel nach Verfall doch einmal weniger geeignet zur Circulation seien — kein dringendes Bedürfniß vor, und sei deßhalb hiervon um so mehr Umgang zu nehmen, als sonst neue Bestimmungen über die Fristen, Handlungen und Formen, wodurch der Regreß dieser Indossanten bedingt sein solle, erforderlich würden*).

Unterscheidung zwischen dem Indossamente eines präjudicirten und protestirten Wechsels soll keinen Bezug auf das Verhältniß des Nachindossatars zum Acceptanten haben, indem letzterer stets selbstständig durch Weiterbegebung eines Wechsels nach der Verfallzeit verbindlich werden soll.

*) S. Erläuterungen zum §. 49 des ersten Preußischen Entwurfs S. 23. Commissions-Bericht, betreffend die Vernehmung der Sachverständigen über den ersten Pr. Entw. S. 38 — 41. Motive zum §. 16. des vierten Pr. Entw. S. 39 — 41. In dem §. 49 des ersten, sowie im §. 16 des dritten und vierten P. E. war geradezu gesagt, daß ein derartiges Indossament die Wirkungen einer Cession habe, im §. 18 des zweiten P. E. waren nur weiter diese Wirkungen näher angegeben.

## §. 11.

Der §. 16 der allgemeinen deutschen Wechselordnung spricht sich über die Erfordernisse des Indossaments nach Verfall nicht aus*) und bestimmt nur die Wirkungen eines solchen.

Der §. 16 lautet:

„Wenn ein Wechsel indossirt wird, nachdem die für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmte Frist abgelaufen ist, so erlangt der Indossatar die Rechte aus dem etwa vorhandenen Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf dieser Frist indossirt haben.

Ist aber der Wechsel vor dem Indossamente bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, sowie gegen den Aussteller und diejenigen, welche den Wechsel bis zur Verfallzeit indossirt haben. Auch ist in einem solchen Falle der Indossant nicht wechselmäßig verpflichtet."

Die allgemeine deutsche Wechselordnung unterscheidet zwischen dem Indossamente eines präjudicirten und zwischen dem Indossamente eines protestirten Wechsels; die Wirksamkeit eines Indossaments soll bei einem präjudicirten Wechsel eine andere, als bei einem protestirten Wechsel sein. Auf die Verpflichtungen des Ausstellers und der Vorindossanten vermag selbstverständlich das Indossament eines präjudicirten Wechsels keinen Einfluß zu äußern, da dieselben schon vor dem Indossamente erloschen sind, während durch das Indossament eines protestirten Wechsels die bereits bestandenen Rechte gegen Aussteller und die Vorindossanten übertragen werden, jedoch neue selbstständige Verpflichtungen derselben nicht entstehen sollen. Dagegen soll

*) Ein Erkenntniß des Berliner Obertribunals vom 10. Januar 1856 hat sich ganz richtig dahin ausgesprochen, daß auch bei verfallenen Wechseln die wechselrechtlichen Uebertragungsformen zulässig seien, und das Indossament nach Verfall nach der n. d. W. O. nicht an die Erfordernisse der Cession gebunden sei. Archiv für Wechselrecht Bd. VI. S. 91.

der Nachindossant durch die Indossirung eines präjudicirten Wechsels, jedoch nicht durch die Indossirung eines protestirten Wechsels sich wechselmäßig verbindlich machen. Alles dies ist deutlich sowie auch im Einklang mit den Beschlüssen der Leipziger Wechselconferenz in der a. d. W. O. entschieden.

Die Stellung, in welche der Acceptant durch die Indossirung eines präjudicirten Wechsels kommen soll, ist aber nicht klar in dem §. 16 bezeichnet. Ebenso ist die Ansicht und Absicht der Leipziger Conferenz in diesem Punkte nicht ganz sicher und deutlich aus den Protokollen der Leipziger Wechselconferenz zu erkennen. Der erste von dem Indossament eines präjudicirten Wechsels redende Satz des §. 16, welcher sagt, daß der Indossatar die Rechte aus dem etwa vorhandenen Accepte erlange, läßt es zweifelhaft, ob der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten oder eigene selbstständige Rechte gegen den Acceptanten erhalten soll. Die allgemeine deutsche W. O. scheint hier indeß dem Indossatar selbstständige Rechte einräumen zu wollen, wenn gleich, richtiger Ansicht nach, nach der Verfallzeit auch gegen den Acceptanten keine selbstständigen Verpflichtungen mehr entstehen können. Dagegen ist die Stellung des Acceptanten im Falle des Indossaments eines protestirten Wechsels klar angegeben, nur scheint diese der Intention der Leipziger Wechselconferenz nicht zu entsprechen. Der zweite Satz des §. 16 spricht nemlich aus, daß durch die Indossirung eines protestirten Wechsels der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten erhalte. Die Leipziger Wechselconferenz schien aber hier mehr der Ansicht gewesen zu sein, daß der Acceptant den nach Verfallzeit eintretenden Nehmern im Falle der Protestirung eines Wechsels in gleicher Weise wie im Falle der Präjudicirung hafte, und zwar in beiden Fällen selbstständig verbindlich werde. Der Unterschied zwischen dem Indossamente eines präjudicirten Wechsels und dem Indossamente eines protestirten Wechsels wurde wenigstens nur rücksichtlich der Regreßverbindlichkeiten hervorgehoben. Es wurde hier anerkannt, daß der Nehmer eines protestirten Wechsels zwar den Regreß ergreifen, dabei aber nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen dürfe, als seinem Indossanten zustünden, sowie daß der Nachindossant hier

nur wie ein Cedent verbindlich werden könne. Dagegen wurde mit Stimmenmehrheit angenommen, daß ein präjudicirter Wechsel mit voller Wirkung indossirt werden könne, wobei dann nur, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt ward, daß der Aussteller und die Vorindossanten hier wegen mangelnden Protestes regreßfrei geworden seien. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Stellung des Acceptanten findet sich in dieser Abstimmung nicht, und hatte man hier nach Allem die Nachindossanten hauptsächlich im Auge, zumal als bei solchen Wechseln ein Acceptant nicht immer vorkommt. Dagegen wurde gleich im Anfang der Berathung wahrscheinlich unter Hinblick auf den Braunschweiger Entwurf §. 28 und unter dem Einfluß des Braunschweigischen Abgeordneten geltend gemacht, daß zunächst zwischen dem Acceptanten und dem Regreßschuldner unterschieden werden müsse, indem hinsichtlich des Acceptanten kein Grund existire, zu seinen Gunsten die Wirkungen eines nach Verfall vorgekommenen Indossaments irgend zu schmälern. In Betreff des Regresses ward aber weiter zwischen dem Indossamente eines gehörig protestirten und dem eines präjudicirten Wechsels unterschieden. Man bemerkte, im ersten Falle würden durch ein solches Indossament der Regreß auf den Indossatar übertragen, im zweiten Falle mache sich der Nachindossant, welcher einen nochmaligen Versuch zur Einlösung vornehmen wolle, regreßpflichtig. Die Absicht der Wechselconferenz ging mithin aller Wahrscheinlichkeit nach dahin, daß durch ein derartiges Nachindossament sowohl eines präjudicirten als protestirten Wechsels der Acceptant selbstständig wechselrechtlich verbindlich werde. Der §. 16 der allg. d. W. O. hat aber dagegen ganz deutlich bestimmt, daß im Falle der Indossirung eines protestirten Wechsels der Acceptant nur in der Weise wie zur Zeit der Protestaufnahme verhaftet sei, über die Stellung des Acceptanten im Falle der Indossirung eines präjudicirten Wechsels sich jedoch im ersten Absatz des §. 16 nicht klar genug ausgesprochen. Die Annahme einer selbstständigen Verbindlichwerdung des Acceptanten entspricht zwar nicht der Consequenz, aber mehr der Intention der Wechselconferenz. Wollte man unterstellen, der Acceptant habe im Falle des ersten Absatzes gerade so wie im Falle des zweiten

Absatzes behandelt werden sollen, so würde der §. 16 vollständig mit der oben entwickelten Ansicht im Einklang stehen, da sonst hiermit der §. 16 insbesondere im Betreff der hier ausgesprochenen Grundsätze über die Wirkungen der Indossirung eines präjudicirten sowie protestirten Wechsels dem Aussteller, sowie den Vorindossanten und Nachindossanten gegenüber ganz übereinstimmt*).

Die allgemeine deutsche Wechselordnung hat im §. 16 aber die Frage offengelassen, wann der Nachindossatar eines präjudicirten Wechsels den Wechsel zur Einlösung präsentiren muß. —

*) Nur muß hier nochmals auf die oben erhobenen Bedenken gegen die Wechselverpflichtung des Nachindossanten eines präjudicirten Wechsels verwiesen werden.

# IX.

## Der Kauf auf Probe oder auf Besicht.

Vom

Herausgeber.

Forsetzung des Aufsatzes Nr. V. im vorigen Heft.

### VII. Stellung im System.

#### 1. Kauf oder Innominatcontract.

§. 22.

Schon mehrfach im Laufe der vorhergehenden Erörterungen ist auf die Beziehungen unseres Instituts zu der Lehre von den Innominatcontracten hingewiesen worden (§. 15. 18) — eine vollständige Darlegung dieser Beziehungen ist um so unerläßlicher, als unter allen Schriftstellern bisher nur Thöl dieselben andeutungsweise berührt hat.

Vor allem wichtig erscheint der Fall, wo die Voraussetzungen eines Kaufs und eines (unbenannten) Realvertrags gleichmäßig vorhanden sind, so daß das vorliegende Rechtsgeschäft zunächst unter beide Kategorien gebracht werden kann, und erst später sich ergibt, nach den Grundsätzen welchen Instituts sich dasselbe regelt. Die beiden entgegengesetzten Fälle sind: Innominatcontract ohne Kauf, und Kauf ohne Innominatcontract.

I. Der Kauf nach Belieben erscheint, wie unten gezeigt werden soll (§. 24.), bei scharfer juristischer Auffassung, entweder als ein pactum de vendendo — falls der Handel suspensivbedingt ist, oder als ein perfecter Kauf mit einem pactum

de retroëmendo zu Gunsten des Käufers in den beiden anderen Fällen. Er streift also ganz nahe an unverbindliche bloße **Kauftractate** heran: unterscheidet sich von diesen nur dadurch, daß die Paciscenten sich über alle wesentlichen Elemente eines Kaufs, über Waare und Preis, in erkennbarer Weise geeinigt haben, und daß über Nebenpunkte, z. B. über Ort und Zeit und sonstige Modalitäten der Lieferung oder Zahlung zwischen ihnen keine Differenzen hervorgetreten sind. Ueberall, wo zur Perfektion des Kaufs einzig und allein die Billigung des Kauflustigen erforderlich ist, oder wenn dessen unterlassene Mißbilligung vollständig genügt, um den Vertrag als Kauf aufrecht zu erhalten, liegt ein Kauf nach Belieben vor [1]). Ueberall dagegen, wo diese Voraussetzungen fehlen, wo z. B. der Preis weder verabredet, noch dessen Ermittelung in einer die Willkühr beider Theile ausschließenden Weise gesichert ist, liegen bloße Tractate vor, welche selbst den Verkäufer nicht verbinden, und keinerlei Rechtfolgen erzeugen, mag der Käufer billigen oder die Mißbilligung unterlassen, gleichviel ob dabei die Formeln des suspensiv- oder des resolutivbedingten Kaufs nach Belieben gebraucht sind.

Ist in Folge solcher unverbindlicher Tractate von einer Seite etwas geleistet, z. B. ein Pferd ohne Preisverabredung auf Probe oder Besicht hingegeben, so haftet zwar der Empfän- für levis culpa in custodiendo, aber das periculum trägt er niemals, und der Geber darf jederzeit zurückfordern [2]). Durch die Hingabe der Sache zur Probe entsteht in solchem Falle allerdings ein Contractsverhältniß, aber kein Kauf, sondern lediglich ein Innominatcontract — ähnlich wie in manchen anderen Fällen, wo nicht das Zustandekommen eines Kaufs, sondern ein anderes benanntes, oder nicht benanntes Rechtsgeschäft bezweckt wird. Das inspiciendum und experiendum dare ist,

1) Cropp S. 197. not. 29. Thöl S. 298. a. E. 299. 244. 245.

2) So sind möglicherweise nur Kauftractate gemeint in l. 20. §. 2. pr. §. 1. l. 17. §. 4. D. de praescr. verbis (19,5).

wie jede datio, der mannigfachsten Auflagen fähig[3]). Ein solcher Innominatcontract gehört zu der nicht zahlreichen dadurch ausgezeichneten Klasse, daß die bedungene Gegenleistung schlechthin oder alternativ in der Rückgabe des Empfangenen besteht[4]).

II. Zu dieser Klasse kann nun auch der Kauf nach Belieben gezählt werden, sofern nur die Sache sich bereits in der Gewahrsam des Kauflustigen oder Käufers befindet, oder, was seltener vorkommen dürfte, von diesem der Preis bereits gezahlt ist. Denn offenbar ist das kein reiner Kauf, bei dem es vom Belieben eines Contrahenten abhängt, ob er den Preis zahlen oder die Sache restituiren wolle. Daß dies auch die Auffassung der Römer war, geht aus den §. 18 not. 27. 28. 30. angeführten Fragmenten hervor, da hier auf beiden Seiten die actio praescriptis verbis gegeben, die Kaufklage daneben nur ausnahmsweise erwähnt wird, es sei denn, daß der Kauf wirklich perfect werde oder bleibe[5]). Es ist dies um so bemerkenswerther, als

---

3) Vgl. Brinz Pandekten S. 371. 372. Darin dem vendendum dare (Chambon Beiträge S. 92. ff. Brinz Krit. Blätter nr. 1.) ähnlich. Recht klar: l. 17. §. 2. D. de praescr. verb.: Si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque (unser Fall) — si vero mei duntaxat causa. l. 23. pr. l. 1. §. 2. eod. l. 10. §. 1. commod. (13,6). Vgl. oben §. 18. not. 29.

4) Erxleben de contr. innom. indole ac natura. Göttingen 1835. §. 18—20., und Die condictiones sine causa S. 74. 339. Schilling Instit. III §. 324. not. r. Brinz Pandekten S. 448. Daß in den gewöhnlichen Fällen, wo ein tauschähnlicher Innominatcontract vorliegt, die actio praescriptis verbis nicht auf Rückgabe des Geleisteten geht, steht natürlich nicht entgegen.

5) l. 20. §. 1. de praescr. verb.: — si quidem perfecta fuit emtio, competere ex vendito actionem. — Vgl. Glück XVI. S. 226. Koch R. der F. III. S. 215. ff. Es liegt hier ein Fall der Rückziehung vor: l. 15. D. de rebus dubiis (34,5): Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur et apparet, quid actum est. Vgl. Fitting über den Begriff der Rückziehung S. 5 ff. Eine schlagende Analogie gewährt Gaius III. 146. l. 10. §. 4. 5. l. 16. l. 17. §. 1. de jure dotium (23,3).

die Contractsklage in b. f. contractus, namentlich beim Kauf, eine überaus weite Anwendung fand, und nicht allein unbedenklich auf Rückgabe der beiderseitigen Leistungen im Falle der Auflösung des Vertrages[6]), sondern sogar auf Restitution derjenigen Leistungen, zu welchen keine vertragsmäßige Verbindlichkeit vorgelegen hatte, gestattet ward[7]).

Welche unter diesen beiden Auffassungen unseres Instituts die ältere ist, läßt sich schwer entscheiden; die Wahrscheinlichkeit spricht für die Realvertragstheorie. Jedenfalls standen beide nicht unvermittelt nebeneinander, sondern es läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß überall die Regeln des Kaufvertrages angewendet wurden. Vom Standpunkt des Kaufs erschien der verabredete Preis als Kaufpreis, vom Standpunkt des Innominatcontracts als aestimatio. Das periculum traf hier nicht unbedingt den Empfänger, sondern nur insoweit dasselbe bei Auffassung des Contracts als Kauf ihn treffen mußte: also bald nicht, bald durchaus[8]). Das Reurecht, welches der Verkäufer, wie regelmäßig[9]) bei allen Innominatcontracten der Geber, hätte geltend machen dürfen, war hier sicherlich ausgeschlossen. Denn lag ein unbedingter Verkauf vor, so war erst mit dessen Auflösung eine Rückforderung möglich; wenn ein bedingter, so

---

6) l. 6. §. 1. de C. E. (18,1). Vatic. fragm. §. 14. l. 11. §. 6. de A. E. V. (19,1). l. 14. §. 1. de in diem add. (18,2). l. 4. pr. §. 3. de lege comm. (18,3). l. 9. §. 1. de condict. ob turp. v. inj. c. (12,5).

7) l. 30. de C. E. (18,1). l. 32. de A. E. V. (19,1). l. 2. C. eod. (4,49).

8) Dieses Resultat entspricht vollkommen der Entwickelung der Lehre von den aestimatorischen Contracten. Vgl. l. 10. §. 5. de jure dot. (23,3.) und Chambon Beiträge S. 9—33. Auch beim Trödelvertrag finden wir verschiedene Regeln für die Gefahrstragung. l. 1 §. 1. de aestim. act. (19,3). l. 17. §. 1. de pr. verb. (19,5). l. 11. pr. de R. C. (12,1). Paulus R. S. II. 4. §. 4. Vgl. Brinz Kritische Blätter 1. S. 37—44.

9) Vgl. Vangerow III. S. 269. ff. Dagegen wieder Brinz Pandekten S. 409. 410.

mußte der Verkäufer, nach allgemeinen Grundsätzen, den Ausfall der Bedingung abwarten. Wichtig war dies namentlich für die Frage nach dem Eigenthumsübergang. Mochten sonst Zweifel entstehen[10]), ob stets oder unter welchen Voraussetzungen das Eigenthum auf den Empfänger übergehe, so war hier ein sicherer Anhalt gewonnen: Ueberall wo sich der Vertrag als suspensivbedingter Kauf ansehen ließ, war der Eigenthumsübergang ausgeschlossen[11]) — wo dagegen ein perfecter, wenngleich resolutivbedingter Kauf vorlag, fand er, Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises vorausgesetzt, sicherlich statt[12]).

III. War dagegen bei einem sonst perfecten Handel nach Belieben noch von keiner Seite geleistet, so konnte nur die Theorie des Kaufvertrags angewendet werden. Keine Schwierigkeit machte hier der Fall des resolutivbedingten Handels, dagegen ist die Wirksamkeit des Handels si placuerit erit tibi emtus gewiß erst spät anerkannt worden, ursprünglich erzeugte solcher Vertrag als nudum pactum de contrahendo keinerlei Rechtsfolgen (s. §. 24)[13]).

### 2. Anomalisches Institut? Stellung zum Wiederkauf.

#### §. 23.

Es steht, wie wir in §. 17 gesehen haben, durchaus in dem Belieben des Käufers, ob er den Handel schließen, oder

10) Wie noch heute beim Tröbelvertrag.

11) l. 8. pr. de P. et C. (18,6). l. 2. §. 2. pro emtore (41,4).

12) l. 17. §. 2. de pr. verb. entscheidet nicht, da sie von der condictio furtiva spricht. Auch nicht l. 11. §. 13. quod vi aut clam, da das Interdictum quod vi aut clam allen Interessenten zusteht l. 11. §. ult. eod. Dagegen ganz direct l. 52. §. 3. ad leg. Aquil. (9,2), da die actio de pauperie gegen den Eigenthümer geht.

13) In den Pandekten wird der suspensivbedingte Handel ohne Uebergabe gar nicht erwähnt, nur in den Institutionen. Der suspensivbedingte Kauf ist ja auch erst allmählig anerkannt worden, nachdem man sich von der Realvertragsnatur des Kaufes völlig emancipirt hatte: Gaius III. 146: jam enim non dubitatur, quin sub conditione res venire aut locari possint.

Handel und Gewerbe



an den geschlossenen gebunden sein wolle, während der Verkäufer verbunden ist, die Erklärung des Gegentheils, oder doch den Ablauf der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Erklärungsfrist abzuwarten, und in der Zwischenzeit über die Waare nicht disponiren darf. Die Lage beider Theile ist also ungleich. Man hat hierin eine Anomalie, eine reine Ausnahme von der Regel[14]) gesehen, daß die Existenz oder der Bestand eines Rechtsgeschäfts nicht gültig in das reine Belieben des Verpflichteten gestellt werden könne[15]).

Die Annahme einer solchen Singularität hat etwas überaus Mißliches, zumal bei einem durch die Römische Doktrin, nicht durch die Gesetzgebung, den Bedürfnissen des Verkehrs gemäß entwickelten Institut. Sie führt überdies zu bedenklichen praktischen Consequenzen.

Um dieser Anomalie zu entgehen, hat man im Wesentlichen zwei Wege eingeschlagen: man hat entweder das willkührliche Rücktrittsrecht des Käufers schlechthin geleugnet (vgl. die §. 3 not. 10 Angeführten) — oder man hat bestritten, daß solches der Regel widerspreche.

Die erste Ansicht bedarf, nach der obigen Ausführung, keiner Widerlegung. Die von Schömann angeführte l. 34 §. 5 D. de C. E. (vgl. oben §. 9) gehört dem durchaus verschiede-

---

14) l. 8. de O. et A. (44,7). l. 17. 46. §. 3. l. 108. §. 1. de V. O. (45,1).

15) Eine solche Singularität sehen in unserem Institut z. B. Gensler §. 7. not. 15. Savigny System III. §. 117. not. i. Chambon Beiträge S. 76. 94. 95. Koch R. der F. III. S. 626. 910. 911. II. S. 361. Lehrbuch des Preuß. Privatrechts II. §. 726. 547. 559. 674. not. 46. I. §. 115. not. 42. Ebenso in seinem „Allgemeines Landrecht mit Commentar“ zu A. L. R. I. 11. §. 332. 333. I. 4. §. 108. I. 5. §. 71. Duranton Cours de droit français. t. XVI. nr. 69. a. E. Holzschuher I. S. 375: „Die Zulässigkeit des Verkaufs ad gustum macht wohl nur eine scheinbare Ausnahme.“ Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II. §. 82. not. 22: Von dieser Regel macht aber auch der Kauf ad gustum nicht „eine ganz einzelne Ausnahme.“ Was ist damit gemeint?

nen Institut der Weinprobe an. Der von Anderen[16]) angezogene, an sich völlig richtige (vgl. oben §. 9 a. E.) Grundsatz, daß unter arbitrium ein boni viri arbitrium zu verstehen sei, ist kein absoluter, und gilt nur da, wo über die Intention der Betheiligten ein Zweifel sein kann. Noch weniger glücklich ist der geschraubte Versuch Genzler's, die anerkannte Willkühr des Käufers doch eigentlich zu einer Nichtwillkühr zu stempeln[17]). —

Unter den Anhängern der zweiten Ansicht meinen Einige, daß nicht der Vertrag selbst und dessen wesentlicher Inhalt in den Willen des Käufers gestellt sei, sondern nur die Prüfung und Billigung, nämlich nur der Entscheid über die Qualität[18]) — was insofern richtig ist, als der wesentliche Inhalt des Vertrags vollständig festgestellt sein muß (vgl. §. 22), jedoch insofern unwahr, als der Käufer über die Existenz des Geschäfts willkührlich entscheidet, wobei sein Urtheil über die Qualität der Waare für ihn maaßgebend sein kann, aber nicht nothwendig ist (Vgl. §. 17).

Andere verneinen, daß die Regel auf Fälle dieser Art sich erstrecke, da in die reine Willkühr des Berechtigten der Vertrag sehr wohl gestellt werden könne, der Käufer hier aber als der Berechtigte zu denken sei, weil die Bedingung sich auf den verkauften Gegenstand beziehe[19]). Bei dieser Auffas-

16) Struv Syntagma exerc. 23. §. 101. Stryk tr. de jure sens. d. 6. c. 2. nr. 5. 27.

17) Obwohl er gleichzeitig anerkennt, daß das Institut singulär sei. Vgl. oben §. 11. not. 32. Ebenso Glück XVII. S. 165 — 167. Duvergier de la vente nr. 97.

18) Frantzke Comm. XVIII. 1. nr. 294. 295. Bachov Comm. in Inst. ad §. 4. J. de emt. Vinnius eod. Savigny a. a. O. sucht die Ausnahme in dieser Weise möglichst zu beschränken: „Es ist eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel, daß der Kauf ad gustum, also auf einseitige (jedoch nur die Güte der Sache betreffende) Willkühr des Käufers geschlossen werden kann."

19) Cropp S. 197. 198. Schrader zu §. 4. J. de emt. (3,23). Troplong de la vente nr. 97. Sintenis §. 116. not. 4. Ob damit die Darstellung desselben Schriftstellers §. 20. not. 45. zu vereinigen ist?

Handel nach belieben. negotium claudicans.. p. 270.



fung wird augenscheinlich das Kaufgeschäft in zwei von einander völlig gesonderte Hälften zerlegt: einen Verkauf und einen Kauf, und es wird ignorirt, daß der Käufer zwar in Bezug auf die Waare der Berechtigte, allein gleichzeitig nothwendig in Bezug auf den Preis der Verpflichtete ist, ja daß diese letzte Seite sogar überwiegt, da er unter gewissen Voraussetzungen den Kaufpreis ohne jedes Aequivalent zu zahlen verbunden ist, z. B. bei zufälligem Untergang der gekauften species, in Folge eines pactum de non praestanda evictione, im Fall einer emtio spei. Darum hat denn auch Savigny, entsprechend seiner Auffassung der gegenseitigen Obligationen[20], für den Kauf die Geltung der Regel aufrecht erhalten: „Ebenso aber auch, wenn bei einem Kauf der Käufer oder der Verkäufer diese reine Willkühr sich vorbehält; denn er selbst ist dann ja zu gar nichts verpflichtet, woraus aber, wegen der in diesem Vertrage liegenden Gegenseitigkeit nothwendig folgt, daß auch der Gegner nicht verpflichtet sein kann.“ (System III. S. 131). Er findet diesen Grundsatz auch in den Quellen festgestellt, und beruft sich dafür auf die weiter unten zu besprechenden l. 7. pr. D. de C. E. (18,1) u. l. 13. C. eod. (4,38).

Allerdings bezeichnet Savigny an einer andern Stelle (System VIII. S. 202.) die abgesonderte Auffassung der beiden Obligationen als die „ursprüngliche und natürliche“, und diese Betrachtungsweise ist neuerdings von Dernburg (Compensation S. 66—83) als die von Römern noch im klassischen Recht principiell festgehaltene und nur in einzelnen Consequenzen gemilderte vertheidigt; dagegen wiederum von Mommsen (Beiträge S. III. 415—422) und von Kuntze (Wendepunkt S. 82. 83) ebenso entschieden bekämpft worden[21].

---

20) Obligationenrecht I. S. 12. 13. Vgl. auch Liebe Die Stipulation S. 248 ff. Mommsen Beiträge I. S. 347. 348. und Urtheil des Oberappellationsgerichts zu München nr. 1397 $18^{54}/_{55}$ in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XXII. S. 39. 40.

21) Beiläufig mag hier erwähnt werden, daß in der berühmten l. 11. §. 18 de A. E. V. (19,1) Julian aus der nothwendigen Gegenseitigkeit der Leistungen argumentirt, und die unbedingt befreiende Kraft eines pactum de non praestanda evictione nur aus der, nach

Wollten wir indeß auch die Möglichkeit dieser Auffassung für das Justinianische Recht zugeben, so wäre damit für unsere Frage aus zwei Gründen nichts gewonnen. Einmal bezieht sich ja hier die Bedingung gar nicht auf den Kaufgegenstand, sondern auf den Bestand des ganzen Kaufgeschäfts. Der Vertrag, in seine beiden Hälften zerlegt, lautet nicht so: „Ich verkaufe Dir das Pferd, falls es Dir gefällt. Ich kaufe das Pferd, falls es mir gefällt, und zahle 100"; sondern er lautet: „Ich verkaufe Dir das Pferd für 100, falls es Dir gefällt. Ich kaufe das Pferd und zahle 100, falls mir das Pferd gefällt." (§. 4. J. de emt. 3,23). Sodann ist der Verkäufer zwar gebunden aber er ist nur eventuell verpflichtet, nämlich nur insofern, als es auch der Käufer wird. Die Ungleichheit in der Stellung beider Theile liegt also nicht in dem Vorhandensein einer Verpflichtung einerseits, und in deren Nichtvorhandensein auf der anderen Seite, sondern darin, daß es der einseitigen Willkühr eines Theiles überlassen ist, die volle beiderseitge Verpflichtung herbeizuführen: es liegt ein negotium claudicans in dem von der heutigen Praxis angenommenen Sinne[22]) vor.

So wenig daher von diesem Standpunkte aus sich die Uebereinstimmung unseres Instituts mit der Regel erweisen läßt, so sehr müssen wir doch das Vorhandensein jeder Anomalie in Abrede stellen.

## §. 24.

I. Halten wir uns zunächst an den bisher besprochenen schwierigsten Fall: den suspensivbedingten Kauf.

---

seiner Ansicht nicht zutreffenden, Analogie einer emtio spei, wo diese Gegenseitigkeit ausnahmsweise fortfällt, herleiten zu können glaubt. Ulpian geht auf diesen Gedankengang nicht weiter ein.

22) Vgl. auch das not. 20 angeführte Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts zu München „bei potestativen Bedingungen ist derjenige Contrahent, von dessen Thätigkeit der Eintritt der Bedingung abhängt, in ganz gleicher Lage mit einem Contrahenten, dessen Forderung durch eine Gegenleistung bedingt ist. (Blätter für Rechtsanwendung XXII. S. 88.)

Handel und Verlieben
§. 24. I. pulzpaast. bed.  §. 24.



Bei näherer Zergliederung finden wir auf Seiten des Verkäufers das Versprechen, zu einem gewissen Preise zu verkaufen, sofern der Gegentheil zu diesem Preise kaufen wolle. Der Gegentheil verspricht nichts, aber er acceptirt das Versprechen. Es liegt also gar kein gegenseitiger, sondern ein einseitiger Vertrag vor, welcher in seiner Realisirung allerdings zu einem gegenseitigen Vertrage führen muß. In dem Augenblick nun, wo auch der Acceptant seinerseits das Versprechen zu kaufen ablegt, ist aus dem einseitigen Vertrage ein gegenseitiger geworden, da das Versprechen des Käufers vom Verkäufer im Voraus eventuell acceptirt ist.

p. 270. negotium claudicans.

Man darf also nicht, wie Savigny es thut, aus der Gegenseitigkeit des Geschäfts gegen dessen Gültigkeit argumentiren, da ein wirklicher Kauf (emtio venditio) erst entsteht, wenn der Gegner seinerseits verspricht; bis dahin liegt einseitiges Verkaufsversprechen vor. Aber dieses ist vom Gegentheil acceptirt, und darum, wie jedes acceptirte Versprechen, vollkommen gültig. Es ist daher durchaus unbegründet, und eine Verwechselung mit der Pollicitatio, wenn Koch aus dem Mangel der Acceptation die Unverbindlichkeit des Vertrags für beide Theile herleitet[23]).

23) Recht der Forderungen II. S. 861. III. S. 910. 911. Mit der Erörterung im Text dürften übereinstimmen Thöl S. 299: „der Handel ist — noch gar kein Kauf, sondern, obwohl den Feilbieter bindend, die Vorverhandlung zu einem solchen" nicht ganz präcise aber S. 347. 348: „während bei dieser (der Clausel auf Besicht) der Vertrag immer bereits perfect, wenn gleich nicht stät ist," und Puchta, Vorlesungen zu §. 360: „es ist hier einstweilen ein pactum de vendendo geschlossen." Sehr richtig, obschon ohne Einsicht in die Beziehungen zu unserem Institut, scheidet bereits Pothier die acceptirte promesse de vendre von der vente, wie von der bloßen pollicitatio (traité du contrat de vente nr. 476—478). Nach ihm die meisten Bearbeiter des französischen Rechts zu Code civil art. 1589. So Boileux Commentaire 4. Ausg. t. III. p. 200. 201. Duranton XVI. nr. 46. ff. Troplong vente II. nr. 114—130. Marcadé cours élémentaire 4. Ausg. t. VI. p. 155—169. vgl. mit t. V. p. 47. 48. VI. p. 374—377. Dort auch

Dieser einseitige Verkaufsvertrag läßt sich nun als ein Kauf unter einer Potestativbedingung für den Käufer fassen, und nach den Regeln solcher bedingten Käufe behandeln. Den Römern lag diese Auffassung aus einem äußeren Grunde besonders nahe. Noch im Justinian. Recht erscheint die Beobachtung der Stipulationsform als die regelmäßige Bedingung der Wirksamkeit eines jeden Vertrages, soweit nicht Leistung (res) und die derselben beigefügten Abreden zur Rückgabe oder Gegenleistung verpflichteten. Die Consensualverträge, wie die späteren pacta legitima und praetoria, waren und blieben Ausnahmen in dem Formalsystem der Contracte. Was in ihren Rahmen sich einigermaßen einfügen ließ, genoß das Privilegium der Formlosigkeit, aber auch nur dies. So werden die mannigfaltigsten selbstständigen Verträge, ungeachtet ihrer Formlosigkeit, durch Klage oder exceptio aufrecht erhalten, sofern sie als Nebenverträge in continenti oder auch ex intervallo sich gleichsam unter den Schutz eines b. f. Contracts begeben. So finden wir namentlich das vorbehaltene Wiederkaufsrecht zu Gunsten des Verkäufers (pactum de retrovendendo), welcher den

---

die älteren französ. Juristen. Anschütz zu Zachariae Handbuch des französ. Civilrechts 5. Ausg. II. S. 358. not. 6. Alauzet Comm. du Code de comm. nr. 578. Unter den Deutschen Civilisten haben nur Schrader ad §. 4. J. de emt., und namentlich Treitschke Kauf S. 77. 78. 85. 107. ff. auf diesen wichtigen Unterschied aufmerksam gemacht. Der Letztere scheidet einseitige und doppelseitige Käufe. Einseitige seien diejenigen, bei denen ein Theil sich die Erklärung seiner Einwilligung vorbehält, und diese allein oder in Verbindung mit anderen in seiner Willkühr stehenden Handlungen zugleich die Bedingung der Wirksamkeit der Verpflichtung des Anderen ist. Als die wichtigsten Arten solcher einseitigen Käufe zählt er den Handel auf Besicht oder auf Prüfung, den Wiederkauf, den Verkaufsvertrag auf. Die Bezeichnung ist nicht zutreffend, aber die Scheidung selbst richtig, und für die durchweg (Vgl. z. B. Puchta §. 360. 263. Arndts §. 301. 249. 306. Unterholzner §. 431 — 434. Glück §. 997. 1000. Göschen §. 578. 579.) vernachlässigte Stellung dieser Verträge im System wichtig.

letzteren in dieselbe Lage bringt, wie den Kauflustigen in unserem Fall: Der Verkäufer ist berechtigt (zurück) zu kaufen, der Käufer verpflichtet eventuell (zurück) zu verkaufen — in der That dasselbe Institut, nur dadurch ausgezeichnet, daß es in Beziehung zu einem vorangehenden Kauf steht — auch hier mit demselben Schwanken zwischen der actio in factum oder praescriptis verbis und der Contractsklage[24]). Auch das Vorkaufsrecht erscheint nur insofern verschieden, als zwar der Kaufberechtigte nicht mehr, der Verkäufer aber weniger als in unserem Falle gebunden ist: der Vertrag ist auf beiden Seiten bedingt: auf Seiten des Ersteren durch dessen reine Willkühr, auf Seiten des Letzteren durch eine in dessen Willkühr stehende Handlung[25]).

Fehlte es dagegen an dieser Beziehung auf einen bereits geschlossenen Kauf, oder sonstigen b. f. Contract, so war das formlose und noch von keiner Seite erfüllte pactum de vendendo ohne Kraft, es sei denn, daß es als suspensivbedingter Kauf aufgefaßt wurde — ein weiterer Beleg für die oben aufgestellte Ansicht (§. 22), daß unser Institut ursprünglich nur als Innominatcontract rechtliche Wirkungen erzeugte.

II. Noch geringere Schwierigkeiten machen die beiden anderen Gestaltungen unseres Instituts (vgl. §. 16), da hier ja stets ein perfekter Kaufvertrag vorliegt, unter dessen Schutz das einseitige Lossagungsrecht des Käufers steht.

1. Das dem unbedingten Hauptvertrag angehängte pactum displicentiae ist nichts anderes als ein pactum de retrovendendo zu Gunsten des Käufers: das s. g. pactum de retroëmendo: Der Käufer ist berechtigt, zurückzuverkaufen,

---

24) l. 12. de pr. verb. (19,5). l. 2. C. de pactis inter emt. (4,54). l. 7. pr. §. 1. de distr. pign. (20,5). l. 13. pr. de pign. act. (13,7). Die Festhaltung dieses Gesichtspunktes ist für die Einsicht in die bestrittene Lehre vom Wiederkauf wichtig. Vgl. auch Thon Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. 8. S. 3. not. 2. Vangerow I. S. 257. Ein Wiederkaufsrecht mit den Wirkungen der Resolutivbedingung l. 7. C. cit. (4,54).

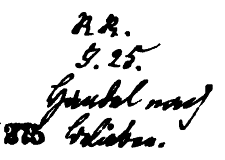
25) l. 75. de C. E. (18,1): — si vendat, non alii, sed sibi distrahat. — l. 21. §. 5. de A. E. V. (19,1). l. 122. §. 3. de V. O. (45,1)

der Käufer verpflichtet, eventuell zurückzukaufen. Daß man das pactum de retroëmendo in den Römischen Quellen nicht hat finden wollen oder können — wenigstens finde ich nirgends eine Stelle citirt — beruht auf dem oben dargelegten Irrthum, das pactum displicentiae wirke als Resolutivbedingung (vgl. §. 16. not. 4. §. 19). Das pactum displicentiae und das pactum de retroëmendo können durchaus identisch sein, das letztere ist aber insofern weiter, als der Käufer sich das Rückverkaufsrecht auch unter einer anderen Bedingung als der der Displicenz, und namentlich zu einem anderen Preise als dem Kaufpreise stipulirt haben kann. Das pactum displicentiae darf also nicht, wie es gewöhnlich geschieht, mit dem pactum de retrovendendo parallelisirt werden, sondern es ist eine Species, und zwar die einzige in den Quellen erwähnte, das pactum de retroëmendo. Mit dem ersten wäre es nur alsdann zu vergleichen, wenn es zu Gunsten des Verkäufers hinzugefügt würde — was zwar nicht undenkbar erscheint, allein selten vorkommen dürfte, und in den Quellen nicht berücksichtigt wird [26]). Daß, wie oben bemerkt, das pactum de retrovendendo als eine Species des suspensivbedingten Handels nach Belieben aufgefaßt werden muß, beruht nur auf einer anderen Anschauung des Verhältnisses, je nachdem man nämlich die Stellung des Verkäufers zu dem perfekten Hauptvertrage, wie hier, oder zu dem bedingten Auflösungsvertrage, wie oben, ins Auge faßt.

2. Für den letzten Fall, den resolutivbedingten Hauptvertrag, bieten die Quellen eine vollkommen zutreffende Analogie in der entgegengesetzten Verabredung: ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta [27]). Wie dort das pactum de retrovendendo zu Gunsten des Verkäufers mit den Wirkungen der Resolutivbedingung geschlossen ist, so hier

26) Damit erledigt sich die alte Controverse (Glück XVI. S. 203. ff. Koch R. der F. III. S. 215. ff. Sintenis II. S. 641. not. 226), ob die vom pactum de retrovendendo sprechenden Stellen (not. 23.) nicht vielmehr vom pactum displicientiae zu verstehen seien.

27) l. 7. C. de pactis inter emt. (4,54).



das pactum de retroëmendo zu Gunsten des Käufers. Daß dort die Auflösung nicht auf die bloße Erklärung der Displicenz, sondern auf die Rückgabe des Kaufgeldes gestellt ist, ist um so unerheblicher, als in Folge der Displicenz stets das Kaufgeld zurückgezahlt werden muß, und die Rückgabe der Sache nur gegen dieses erfolgt. (§. 18. not. 30.)

## §. 25.

Eine schärfere Betrachtung unseres Instituts führt also zu dem sicheren Resultat, daß dasselbe den allgemeinen Prinzipien des Römischen Rechts in keiner Weise widerspricht.

Dem stehen auch die Quellenaussprüche nicht entgegen. Die nachfolgende allgemeine Betrachtung soll uns das richtige Verständniß derselben ermöglichen.

Einseitige Obligationen sind selbstverständlich nichtig, wenn sie auf das bloße Wollen des Verpflichteten gestellt sind. Wer erklärt „ich will, falls ich will" hat zunächst gar nichts erklärt[28]). Für diese ist also die Regel[29]) vollkommen richtig. Dagegen ist hier andererseits der Zusatz „falls Du willst" bedeutungslos; denn es versteht sich von selbst, daß nur die acceptirte Leistung geschuldet, und auch diese dem Promissar nicht wider seinen Willen aufgedrängt werden kann[30]).

Anders verhält es sich bei gegenseitigen Obligationen. Wer hier erklärt: „ich will, falls ich will" erklärt zwar auch

28) Windscheid im Archiv für civilr. Prax. Bd. 35. S. 52. ff. Fitting eod. Bd. 39. S. 337. Vgl. auch (Windscheid) Urtheil der Juristenfacultät zu Greifswald vom 1. November 1856. (Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 5. S. 9. 10.)

29) Vgl. §. 23. not. 14. Für Legate l. 43. §. 2. de leg. I. (30). l. 11. §. 7. de leg. II. (31).

30) l. 48. de V. O. (45,1). l. 30. de R. C. (12,1). l. 4. quae res pignori (20,3). Anders bei Legaten l. 65. §. 1. de leg. I. l. 69. de condit. (35,1) und bei der Erbeinsetzung eines suus heres l. 4. 6. 69. 86. de hered. inst. (28,5). l. 12. 15. 28. de cond. inst. (28,7). Vgl. Ziegler de conditionibus nr. 40—48 (disc. sel. th. 34). Savigny III. §. 117. Sintenis §. 20. not. 6. 45. §. 171. not. 4. Vangerow II. §. 432. Anmerk.

nichts; wer jedoch erklärt „ich will, falls Du willst“ sagt damit nichts Bedeutungsloses. Denn der Promissar ist hier ja nicht allein Berechtigter, sondern er soll zugleich Verpflichteter sein. Der Promittent erklärt also „ich will verpflichtet sein gegen Dich, falls Du (nicht blos meine Leistung annehmen, sondern auch) gegen mich verpflichtet sein willst.“ Dieses „falls Du willst“ kann offenbar einen doppelten Sinn haben: „falls Du gegenwärtig willst“, oder „falls Du später einmal wollen wirst.“ In dem ersten Sinne genommen, will sich der Promittent gar nicht binden, sofern nicht gleichzeitig der Promissar sich bindet: also nur insofern als sogleich ein gegenseitiger Vertrag entsteht, und er wird seine Offerte so lange zurücknehmen können, bis der Promissar dieselbe in vollem Umfange mit allen ihren Voraussetzungen acceptirt hat. In dem zweiten Sinne genommen, will sich der Promittent sogleich binden, und es dem Promissar überlassen, ob derselbe von seinem Recht, das für diesen zugleich eine Gegenverpflichtung involvirt, Gebrauch machen will. Hier entsteht also zunächst durch die Acceptation dieses Versprechens nur ein einseitiger Vertrag, beim Kauf ein pactum de vendendo oder de emendo, welches jedoch in seiner Realisirung stets zum gegenseitigen Vertrage führt: ein bedingter gegenseitiger Vertrag (§. 24).

Wie weit sich nun der Promittent hat binden wollen, ob nur in dem ersten oder in dem zweiten Sinne, dafür läßt sich keine absolute Regel geben, das ist vielmehr aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen. Erklärt z. B. der Verkäufer, er wolle eine Zeitlang den Entschluß des Anderen abwarten, er wolle seine Waare demselben zum Besicht vorlegen, gibt er ihm dieselbe zum Besehen oder auf Probe, so erhellt daraus hinreichend, daß er seinerseits hat gebunden sein wollen, bis der Gegentheil sich erklärt hat, oder hätte erklären sollen. Und eben diesen Sinn haben die Römer auch mit der Clausel „si placuerit, emtus esto“ verbunden. Liegt aber keine Thatsache vor, aus welcher auf den Willen des Feilbieters, sich in dieser Weise zu binden, mit Sicherheit geschlossen werden kann, so ist allerdings anzunehmen, daß er sich ein eben so freies Ermessen vorbehielt, als der Promissar, daß also zunächst noch Alles im Sta-

bium beiderseits unverbindlicher Vorverhandlungen schwebt. Zweideutige Ausdrücke „man sei geneigt, willens zu verkaufen, möchte verkaufen“ u. dgl., werden stets in diesem Sinne auszulegen sein[31]).

Prüfen wir nun diejenigen Quellenzeugnisse, in denen, nach der herrschenden Ansicht, die entgegengesetzte Lehre aufgestellt wird.

Gar nicht hieher gehört l. 35 §. 1 D. de C. E. (18. 1), da dort nicht die Existenz des Kaufs, sondern die Preisbestimmung dem Ermessen des Käufers überlassen ist — daß aber die Contrahenten über die Essentialien einig sein müssen, ist selbstverständlich (§. 22).

Eben so wenig steht l. 7 de C. E. entgegen. Titius hat seinen Sklaven unter der Bedingung verkauft: si rationes domini (Titii) computasset arbitrio. Ulpian wirft die Frage auf, ob hier das arbitrium Titii oder das arbitrium boni viri zu verstehen sei. Im ersten Fall venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat: si voluero, decem dabo; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Um die Ungültigkeit des Geschäfts zu vermeiden, hätten daher die alten Juristen angenommen, es sei die Bedingung auf das arbitrium boni viri gestellt.

Titius ist der Verkäufer. Hat Titius erklärt: „ich verkaufe, falls ich will,“ so ist der Vertrag ungültig. Das stimmt vollkommen zu unserer obigen Erörterung. Daß der Vertrag dennoch aufrecht erhalten wird, läßt sich nur durch die etwas schwankende Bedeutung des Ausdrucks arbitrium und dessen Usualinterpretation[32]) erklären. Von dem hier allein interessirenden Falle, wo der Verkäufer verkauft mit der Clausel „si volueris,“ ist hier nicht die Rede.

---

31) l. 9. 34. 56. de R. J. (50,17).

32) Z. B. l. 11. §. 7. de leg. III. (32). l. 75. pr. de leg. I. (30). l. 1. §. 1. de leg. II. (31). l. 46. §. 3. de fideic. lib. (40,5). l. 22. §. 1. de R. J. (50,17). Vgl. oben §. 9. not. 25.

Die meisten Schwierigkeiten scheint ein Rescript von Diocletian und Maximian l. 13 C. de C. E. (4. 38) zu bereiten:

In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. Idcirco dominus invitus ex hujusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur.

Schon die Glossatoren haben sich in unhaltbaren Auslegungsversuchen erschöpft. Die Meisten wollen, nach dem Vorgang des Accursius, um dem sonst unvermeidlichen (!) Widerspruch mit §. 4 J. de emt. (3, 23) zu entgehen, das Rescript dahin verstehen, daß der **Preis** nicht in die Willkühr eines der Contrahenten gestellt sein dürfe[33]. Allein der Preis ist ja nicht conditio comparandi, wofern man diese Worte nicht sehr gezwungen mit „Beschaffenheit des Erwerbs" übersetzt, und darunter das Verhältniß der Waare zum Preis verstehen will. Auch stimmt dazu nicht der angegebene Grund: quia non adstringit necessitate contrahentes. Man sollte erwarten „weil der Kauf noch imperfect ist." Conditio comparandi ist sicherlich nichts anderes als „Bedingung des Erwerbs," d. h. Bedingung, unter der das Kaufgeschäft geschlossen ist.

Nach unseren obigen Erörterungen erklärt sich das Rescript sehr einfach.

Es lag folgender Fall zur Entscheidung vor. A. hatte zu B. gesagt: Wenn Du mein Pferd für 1000 haben willst, so will ich es Dir verkaufen. B. hatte sich nicht sogleich erklärt. Darauf zog A. seine Offerte zurück, und B. klagte nun gegen ihn auf Lieferung. Oder auch: zur Zeit, da B. sich bejahend erklärte, wollte A. sich an seine Offerte nicht mehr gebunden halten, und B. klagte.

Daß so der Hergang war, geht aus dem Schlußsatz **invitus non compellitur** mit Sicherheit hervor. Die kaiserliche Entscheidung beruht einzig darauf, daß A. sich hier noch gar

33) So auch Neuere, z. B. Cropp I. S. 197. not. 20: „es sei ganz in die Willkühr des Verkäufers gestellt, ob **und wie** er verkaufen, oder des Käufers, ob **und wie** er kaufen will."

nicht hatte verbindlich machen wollen, also auch nicht verbindlich gemacht hatte, darum sein Anerbieten jederzeit zurückziehen durfte. Es lag somit in diesem Falle keiner der Umstände vor, aus denen auf den Willen des Verkäufers, sich einseitig zu verpflichten, geschlossen werden durfte, und alsdann bleibt es bei der Regel, d. h. es ist, wie oben gezeigt, die Stellung beider Theile als eine gleiche anzusehen. Der Wille allein entscheidet. Das Nichtvorhandensein des einseitigen Verpflichtungswillens ist die selbstverständliche, hier ausdrücklich ausgesprochene Regel — die volle Wirksamkeit des erweislich vorhandenen einseitigen Verpflichtungswillens wird jedoch in keiner Weise ausgeschlossen [34]).

## VIII. Praktische Vortheile der Clausel für beide Theile. Verhältniß zum ädilitischen Edict.

### §. 26.

Vom rein formellen Standpunkt aus erscheint der Käufer gegen den Verkäufer in bedeutendem Vortheil. Er kann möglicherweise aus bloßer Laune die Vollziehung des Vertrags ablehnen, oder den perfecten aufrufen — allein ich habe bereits §. 17 bemerkt, daß diese Gefahr weniger erheblich ist, als sie scheint. Er kann ferner auf Gefahr des Verkäufers fortspeculiren, und seinen Entschluß von späteren Conjuncturen abhängig machen. Indessen dieser Gefahr vermag der Verkäufer durch Feststellung einer möglichst kurzen Erklärungsfrist vorzubeugen, und ohnehin

34) Auf eine andere mögliche Auslegung hat mich mein lieber Freund, Herr Professor Fitting, aufmerksam gemacht. Der Fall wäre folgender gewesen: A. hatte zu B. gesagt: ich will Dir mein Pferd für 1000 verkaufen, sofern mir das beliebt. Der Kaiser entscheidet, ein solches Anerbieten sei unverbindlich, ganz ebenso, wie wenn B. sich an A. gewendet, und ihm proponirt hätte: Ich werde Dein Pferd für 1000 kaufen, falls es mir beliebt. Auch dieses Anerbieten könne B. beliebig zurückziehen. Man müßte also denken, daß der Anstoß zum Geschäfte von B. ausginge. Alsdann gehört der Fall gar nicht hieher. Ich ziehe indessen die obige Erklärung vor.

ist im Zweifel alsbaldige Erklärung als gemeint anzunehmen (§. 20).

Der Käufer wird daher von seinem Verwerfungsrecht meist nur dann Gebrauch machen, wenn ihn eine nähere Erwägung der Verhältnisse oder der Beschaffenheit des Gegenstandes davon überzeugt, daß derselbe fehlerhaft ist, oder daß der geforderte Preis dessen Werth übersteigt, oder daß, je nachdem er ihn zu eigenem Gebrauch oder zum Zweck des Handels bestimmt, derselbe zu dem ersteren oder zum Weiterverkauf mit Gewinn überhaupt, oder unter den vorliegenden Conjuncturen, ungeeignet erscheint.

Reduzirt sich hierauf der praktische Werth des Instituts für den Käufer, so gewährt dasselbe auch dem Verkäufer erhebliche Vortheile.

Einmal muß berücksichtigt werden, daß sich häufig Jemand leichter entschließen wird, in dieser Weise zu kaufen als unbedingt, und daß alsdann Lässigkeit, oder auch wohl Ueberzeugung von der Güte und Preiswürdigkeit des Gegenstandes, der Wunsch, bestehende Handelsverbindungen aufrecht zu erhalten und den eigenen kaufmännischen Ruf nicht zu gefährden, den Käufer abhalten wird, von der Befugniß des Rücktritts Gebrauch zu machen.

Sodann aber schützt die Genehmigung oder unterlassene Mißbilligung des Käufers den Verkäufer regelmäßig gegen jede weitere Anfechtung des Handels, ähnlich wie die geschehene degustatio beim Weinhandel (§. 13 V.). Eine spätere Anfechtung des perfect gewordenen oder gebliebenen Kaufs wäre nämlich, abgesehen von Zwang, Irrthum des Käufers, dolus des Verkäufers, und von dem zweifelhaften und mindestens seltenen Fall einer laesio enormis, nur aus zwei Gründen denkbar: wegen fehlender zugesagter Eigenschaften, oder wegen wirklicher die Brauchbarkeit und den Werth mindernder Mängel.

Ausdrückliche Zusagen wird nun in einem solchen Fall der Verkäufer selten machen, da der Käufer ja durch die ihm zustehende Besichtigung oder Prüfung der Sache leicht im Stande sein würde, das Nichtvorhandensein der versprochenen Eigenschaften zu erkennen, und alsdann um so weniger geneigt, die

Waare zu behalten. Daher überläßt der Verkäufer es dem Käufer, selbst zuzusehen, ob ihm die Waare zusage. „Gefällt Dir die Waare, so nimm sie.“ „Mißfällt Dir die Waare, so gib sie zurück.“ Darin liegt stillschweigend[35]) die bei uns übliche Clausel[36]) „wie zu besehen.“ Hätte aber auch der Verkäufer bona fide ausdrückliche Zusagen gemacht, welche sich später als unrichtig erweisen, so würde er doch regelmäßig der späteren Kaufklage oder aedilitischen Klage des Käufers entgegenhalten dürfen, daß derselbe volle Gelegenheit gehabt, sich vor Perfection oder Stätigkeit des Handels von der wahren Beschaffenheit zu überzeugen, und es sich selbst zuschreiben müsse, daß er die Sache nicht näher untersucht[37]).

In noch höherem Grade gilt dies von solchen Mängeln, für welche, auch ohne ausdrückliche Zusage, das aedil. Edict eine Haftung des Verkäufers begründet. Diese Haftung beruht auf reiner aequitas, der Regel des Civilrechts entgegen. Der einzige Zweck des Instituts ist, den Käufer vor Schaden aus unverschuldetem Irrthum zu schützen[38]) — dem richterlichen Ermessen ist hier ein weiter Spielraum gegeben. Um so strenger ist also hier zu erwägen, ob der Irrthum unverschuldet ist, und man wird in unserem Falle nicht leicht, höchstens bei sehr verborgenen, auch durch sorgfältige Untersuchung nicht erkennbaren Fehlern, einen solchen annehmen dürfen[39]).

Ja ob auch nur alsdann die aedilitischen Klagen zulässig sind, ist nicht unzweifelhaft. Denn das Edict gewährt im Falle

---

35) Das meint wohl auch Thöl S. 348 für den Fall, daß die Clausel „wie zu besehen“ im Sinne der Clausel „auf Besicht“ gebraucht ist. „Dann kommen beide Clauseln auf eins hinaus, und jene hebt nur eine Beziehung des Handels auf Besicht besonders hervor.“

36) Thöl S. 342. ff. Brinckmann §. 86.

37) l. 48. §. 1. l. 15. § 1. de C. E. (18,1). l. 14. §. 10. l. 55. l. 1. §. 6. l. 48. §. 8. 4. de aedil. ed (21,1).

38) Savigny System III. S. 114. 358. 359. Vgl. l. 1. §. 2. 6. l. 37. pr. de aedil. ed Cicero de off. III. 17. l. 18. pr. D eod: sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur.

39) Cropp S. 206. 207. 221. hebt das nicht hinreichend hervor.

des pactum displicentiae eine zweimonatliche Redhibitionsfrist (§. 20. II.), ohne daß in den Quellen sich irgend eine Andeutung fände, daß auch nach Ablauf derselben dem Käufer wegen verborgener Mängel ein Redhibitions- oder ein Preisminderungsanspruch zustehe.

Daß aber das pactum displicentiae gerade im aedilitischen Edict, in unmittelbarem Anschluß an die aedilitischen Klagen wegen Gewährsmängel, seine rechtliche Normirung gefunden hat [40]), weist ebenso deutlich, wie die so eben versuchte Entwickelung, auf die enge Beziehung beider Institute hin. —

## IX. Resultate.

### §. 27.

Versuchen wir, zum Schluß, die Erörterungen dieses zweiten Abschnitts (§. 15—26) kurz zu resumiren, so ergeben sich als Resultat folgende Sätze:

I. Der Handel nach Belieben kommt in 3 Formen vor:

1) Als perfekter aber resolutivbedingter Kauf;
2) als perfekter und völlig unbedingter Kauf, jedoch mit einem Nebenvertrag auf Rückgabe für den Fall der Displicenz (pactum displicentiae, einer species des pactum de retroëmendo);
3) als einseitiges, jedoch vom Käufer acceptirtes Verkaufsversprechen (pactum de vendendo), welches als suspensivbedingter Kauf behandelt wird, vorausgesetzt, daß der Handel sonst vollständig verabredet ist.

II. Im zweiten Falle versteht es sich von selbst, daß die Waare in den Besitz des Käufers gelangt, und erst durch Rückgabe derselben der Hauptvertrag rückgängig gemacht wird. Im ersten und dritten Fall kann sie in die Gewahrsam des Käufers kommen, ohne daß dieser Umstand auf die juristische Gestaltung des Verhältnisses einwirkt: nur ermöglicht derselbe die Auffassung desselben als eines Innominatcontracts, und damit ursprünglich wohl dessen Verbindlichkeit. Auflösung oder Perfektion sind hier

40) l. 31. §. 22. de aedil. ed. (21,1). Vatic. fragm. §. 14.

Handel auf Probe. S. 27. Resultate.



im Zweifel von der bloßen Erklärung der Mißbilligung oder Genehmigung abhängig.

III. Die Quellen stellen keinerlei Präsumtion weder für Suspensiv= noch für Resolutivbedingung auf; die gebrauchten Ausdrücke „auf Probe“ (ad experiendum) „auf Besicht“ (ad inspiciendum) gewähren dafür keinen Anhalt. Aus der Uebergabe läßt sich kein Schluß ziehen. Uebrigens war die Form des suspensivbedingten Handels bei den Römern selten, und allgemeine Gründe sprechen im Zweifel eher für die Annahme einer Resolutiv= als einer Suspensivbedingung.

IV. Ueber Perfektion oder Auflösung des Handels entscheidet der beliebige Entschluß des Käufers; derselbe ist nicht einmal verpflichtet, die vorbehaltene Besichtigung oder Prüfung vorzunehmen, vielmehr gilt deren Unterlassung, wie die Unterlassung jeder Erklärung, praktisch im ersten Falle als Genehmigung, im dritten als Mißbilligung, da die Bedingung, sei es der Auflösung, oder der Perfektion ausgefallen ist. Im zweiten Fall entscheidet allein die Rückgabe, sofern sie möglich ist, über die Auflösung des Hauptvertrags.

V. Deficirt die aufschiebende, oder existirt die auflösende Bedingung, so bestimmen sich die Folgen durchaus nach allgemeinen Grundsätzen; und darf im ersten Fall der Käufer auch die zufällig verschlechterte Waare zurückweisen, und bleiben im dritten Fall die inzwischen vom Käufer bestellten dinglichen Rechte bestehen. Im zweiten Fall, bei Geltendmachung des pactum displicentiae, treten die Grundsätze von der Redhibition fehlerhafter Sachen ein, so daß die Redhibition insbesondere auch ungeachtet des zufälligen oder gar verschuldeten Untergangs der Sache möglich ist.

VI. In Ermangelung einer vertragsmäßigen Untersuchungs= und Erklärungsfrist steht dem Käufer im zweiten Fall eine Erklärungs= und Redhibitionsfrist von 60 dies utiles zu; im ersten und dritten Fall hat er sich, so bald als nach den Umständen thunlich zu erklären. Unterläßt er die Erklärung innerhalb der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Frist, so gilt, auch ohne eine gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung des Verkäufers, die Bedingung, sei es der Auflösung oder der Perfektion, für

ausgefallen: der Vertrag ist also unwiderruflich, oder er gilt als niemals geschlossen. Tritt das letztere ein, oder hat der Käufer im ersten Fall rechtzeitig seine Mißbilligung erklärt, so kann er, durch weitere Aufforderung des Verkäufers zur Rückgabe der etwa in seiner Gewahrsam befindlichen Sache, in Verzug versetzt werden, und hat alsdann die Folgen des Verzugs zu tragen. Abgesehen davon ist auch beim suspensivbedingten Vertrag eine wirkliche mora mit deren Folgen auf Seite des Käufers undenkbar.

VII. Der Handel nach Belieben ist kein anomalisches Institut, keine Ausnahme von der richtig verstandenen Regel, daß ein Vertrag nicht wirksam auf das Belieben des Verpflichteten gestellt werden könne. Was bei gegenseitigen Verträgen gemeint sei, ist Sache der Willensauslegung.

VIII. Ist der Vertrag perfekt oder unwiderruflich geworden, so steht dem Käufer wegen Mangels der zugesagten oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften der Waare in der Regel kein weiterer Anspruch gegen den gutgläubigen Verkäufer zu; höchstens wegen sehr verborgener, auch durch sorgfältigste Untersuchung nicht zu entdeckender Fehler. Insofern und in manchen andern Beziehungen ist die Clausel auch für den Verkäufer praktisch vortheilhaft. —

Vergleichen wir diese Prinzipien mit den §§. 13. 14. für den Weinhandel auf Probe dargestellten, so ergeben sich, neben manchen Aehnlichkeiten, auch wiederum so durchgreifende Differenzen, daß die gänzliche Verschiedenheit beider Institute unverkennbar ist, nur freilich, daß die Probeclausel beim Weinhandel in ihrer engbegrenzten Sphäre zum Theil denselben praktischen Zweck verfolgte, welchen unser Institut ohne diese Schranke zu realisiren bestimmt ist (Vgl. §. 4).

Ob und inwieweit diese Prinzipien auch noch die unseres heutigen Rechts sind, ob legislative Aenderungen zweckmäßig erscheinen, soll im zweiten und dritten Abschnitt dieser Abhandlung dargestellt werden*). —

*) Das unerwünscht verzögerte Erscheinen des ersten Heftes macht es mir zur Pflicht, den Abdruck des schon seit längerer Zeit in meinen Händen befindliche Manuscripts nicht länger aufzuschieben, und, um das gegenwärtige nicht weit über das Durchschnittsmaaß anschwellen zu lassen, den Schluß dieser Abhandlung erst im nächsten Heft mitzutheilen. D. H.

# Rechtsquellen.

## VI.

## Loi sur les marques de fabrique et de commerce. 23. Juin 1857.

### Titre I. Du droit de propriété des marques.

Art. 1. La marque de fabrique ou de commerce est facultative.

Toutefois, des decrets rendus en la forme des règlements d'administration publique peuvent, exceptionellement, la déclarer obligatoire pour les produits qu'ils déterminent.

Sont considerés comme marques de fabrique et de commerce les noms sous une forme distinctive, les denominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce.

Art. 2. Nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a déposé deux exemplaires du modèle de cette marque au greffe du tribunal de commerce de son domicile.

Art. 3. Le dépôt n'a d'effet que pour quinze années.

La propriété de la marque peut toujours être conservée pour un nouveau terme de quinze années au moyen d'un nouveau dépôt.

Art. 4. Il est perçu un droit fixe d'un franc pour la redaction du procès-verbal de dépôt de chaque marque et pour le coût de l'expédition, non compris les frais de timbre et d'enregistrement.

### Titre II. Dispositions relatives aux étrangers.

Art. 5. Les étrangers qui possèdent en France des établissements d'industrie ou de commerce jouissent, pour les produits de leurs établissements du bénéfice de la présente loi, en remplissant les formalités qu'elle prescrit.

Art. 6. Les étrangers et les Français dont les établissements sont situés hors de France jouissent également du béné-

fice de la présente loi pour les produits de ces établissements, si, dans les pays où ils sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la reciprocité pour les marques françaises. Dans ce cas, le dépôt des marques étrangères a lieu au greffe du tribunal de commerce du departement de la Seine.

## Titre III. Pénalités.

Art. 7. Sont punis d'une amende de 50 frs. à 30,000 frs. et d'un emprisonnement de 3 mois à 3 ans, ou de l'une de ces peines seulement:

1) Ceux qui ont contrefait une marque ou fait usage d'une marque contrefaite;

2) Ceux qui ont frauduleusement apposé sur leurs produits ou les objets de leur commerce une marque appartenant à autrui;

3) Ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.

Art. 8. Sont punis d'une amende de 50 frs. à 2,000 frs. et d'un emprisonnement d'un mois à un an, ou de l'une de ces peines seulement:

1) Ceux qui, sans contrefaire une marque, en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur, ou ont fait usage d'une marque frauduleusement imitée.

2) Ceux qui ont fait usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit.

3) Ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque frauduleusement imitée ou portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit.

Art. 9. Sont punis d'une amende de 50 frs. à 1000 frs. et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois, ou de l'une de ces peines seulement.

1) Ceux qui n'ont pas apposé sur leur produits une marque declarée obligatoire;

2) Ceux qui ont vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits ne portant pas la marque declarée obligatoire pour cette espèce de produits.

3) Ceux qui ont contrevenu aux dispositions des decrets rendus en exécution de l' art. 1 de la présente loi.

Art. 10. Les peines établies par la présente loi ne peuvent être cumulées.

La peine la plus forte est seule prononcée pour tous les faits antérieurs au premier acte de poursuite.

Art. 11. Les peines portées aux articles 7, 8 et 9 peuvent être élevées au double en cas de récidive.

Il y a récidive lorsqu'il a été prononcé contre le prévenu, dans les cinq années antérieures, une condamnation pour un des délits prévus par la présente loi.

Art. 12. L' art. 463 du code pénal peut être appliqué aux délits prévus par la présente loi.

Art. 13. Les délinquants peuvent, en outre, être privés du droit de participer aux élections des tribunaux et des chambres de commerce, des chambres consultatives des arts et manufactures et des conseils de prud'hommes, pendant un temps qui n'excédera pas dix ans.

Le tribunal peut ordonner l'affiche du jugement dans les lieux qu' il détermine, et son insertion intégrale ou par extrait dans les journaux qu' il désigne, le tout aux frais du condamné.

Art. 14. La confiscation des produits dont la marque serait reconnue contraire aux dispositions des articles 7 et 8 peut, même en cas d'acquittement, être prononcée par le tribunal ainsi que celle des instruments et ustensiles ayant spécialement servi à commettre le délit.

Le tribunal peut ordonner que les produits confisqués soient remis au propriétaire de la marque contrefaite ou frauduleusement apposée ou imitée, indépendamment de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Il prescrit, dans tous les cas, la destruction des marques reconnues contraires aux dispositions des articles 7 et 8.

Art. 15. Dans le cas prévu par les deux premiers paragraphes de l'article 9, le tribunal prescrit toujours que les marques déclarées obligatoires soient apposées sur les produits qui y sont assujettis.

Le tribunal peut prononcer la confiscation des produits, si le prévenu a encouru, dans les cinq années antérieures, une condamnation pour un des délits prévus par les deux premiers paragraphes de l'article 9.

## Titre IV. Juridictions.

Art. 16. Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matieres sommaires. En cas d'action intentée par la voie correctionelle, si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété de la marque le tribunal de police correctionelle statue sur l'exception.

Art. 17. Le propriétaire d'une marque peut faire procéder par tous huissiers à la description détaillée, avec ou

sans saisie, des produits qu'il prétend marqués à son préjudice en contravention aux dispositions de la présente loi, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de première instance, ou du juge de paix du canton, à défaut de tribunal dans le lieu où se trouvent les produits à décrire ou à saisir.

L'ordonnance est rendue sur simple requête et sur la présentation du procés-verbal constatant le dépôt de la marque. Elle contient s'il y a lieu, la nomination d'un expert, pour aider l'huissier dans sa description.

Lorsque la saisie est requise, le juge peut exiger du réquérant un cautionnement qu'il est tenu de consigner avant de faire procéder à la saisie.

Il est laissé copie, aux détenteurs des objets décrits ou saisis, de l'ordonnance et de l'acte constatant le dépôt du cautionnement, le cas, échéant: le tout à peine de nullité et de dommages intérêts contre l'huissier.

Art. 18. A défaut par le requérant de s'être pourvu, soit par la voie civile, soit par la voie correctionelle, dans le délai de quinzaine, outre un jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où se trouvent les objets décrits ou saisis et le domicile de la partie contre laquelle l'action doit être dirigée, la description ou saisie est nulle de plein droit, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés, s'il y a lieu.

Titre V. Dispositions générales ou transitoires.

Art. 19. Tous produits étrangers portant soit la marque, soit le nom d'un fabricant résidant en France, soit l'indication du nom ou du lieu d'une fabrique française, sont prohibés à l'entrée et exclus du transit et de l'entrepôt, et peuvent être saisis, en quelque lieu que ce soit, soit à la diligence de l'administration des douanes, soit à la requête du ministère public ou de la partie lésée.

Dans le cas où la saisie est faite à la diligence de l'administration des douanes, le procès-verbal de saisie est immédiatement adressé au ministère public.

Le délai dans lequel l'action prévue par l'article 18 devra être intentée, sous peine de nullité de la saisie, soit par la partie lésée, soit par le ministère public, est porté à deux mois.

Les dispositions de l'article 14 sont applicables aux produits saisis en vertu du présent article.

Art. 20. Toutes les dispositions de la présente loi sont applicables aux vins, eaux-de-vie et autres boissons, aux bestiaux, grains, farines, et généralement à tous les produits de l'agriculture.

Art. 21. Tout dépot de marques opéré au greffe du tribunal de commerce antérieurement à la présente loi aura effet pour quinze années à dater de l'époque où la dite loi sera exécutoire.

Art. 22. La présente loi ne sera exécutoire que six mois aprés sa promulgation. Un règlement d'administration publique déterminera les formalités á remplir pour le dépôt et la publicité des marques, et toutes les autres mésures nécessaires pour l'exécution de la loi.

Art. 23. Il n'est pas dérogé aux dispositions anterieures qui n'ont rien de contraire à la présente loi. —

## VII.

### Bremische Verordnung vom 6. Januar 1858, betreffend die Suspension der gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinssatzes.

1) Die gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinssatzes treten bis zum 31. Dezember 1858 ausser Kraft.
2) Höhere Zinsen, als zu bedingen bisher gestattet war, können für einen längern Zeitraum, als bis zum 31. Dezember 1859 — bei Strafe der Nichtigkeit des auf einen längeren Zeitraum zugesicherten Zinssatzes, soweit er das gesetzliche Maß überschreitet, nicht verabredet werden.
3) Bei einer präferenzmäßigen Vertheilung kommen die das gesetzliche Maß überschreitenden Zinsen erst nach der Befriedigung aller Gläubiger der präferenzmäßig zu vertheilenden Masse, sowohl hinsichtlich des Kapitals, als hinsichtlich der ihnen gebührenden, das gesetzliche Maß nicht überschreitenden Zinsen ihrer Forderungen zur Zahlung.

## VIII.

### Niederländisches Gesetz vom 29. Dezember 1857, betreffend die Aufhebung des Französischen Gesetzes vom 3. September 1807 in Betreff der Zinsen in den Niederlanden.

Wir Wilhelm III., von Gottes Gnaden König der Niederlande 2c.:

Nachdem wir in Erwägung gezogen haben, daß es wünschenswerth und nützlich ist, das Gesetz vom 3. September 1807

ausser Kraft zu setzen, und an Stelle desselben ein anderes Gesetz einzuführen, welches, ohne das Bedingen höherer Zinsen im Allgemeinen zu verbieten, die gesetzlichen Zinsen bestimmt, haben wir nach Anhörung des Staatsraths und unter Berathung mit den Generalstaaten für gut befunden und verordnet, wie wir in Folgendem für gut befinden und verordnen:

Art. 1. Das Gesetz vom 3. September 1807 wird ausser Kraft gesetzt.

Art. 2. Die gesetzlichen Zinsen betragen in bürgerlichen Sachen fünf und in Handelssachen sechs vom Hundert im Jahr.

(Preuß. Handelsarchiv 1858. nro. 5).

## IX.

### Sardinisches Gesetz vom 5. Juni 1857 über die Aufhebung der gesetzlichen Beschränkungen der vertragsmäßigen Zinsen *).

Il Senato e la Camera dei Deputati hanno approvato; Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:

Art. 1.

L'interesse è legale o convenzionale.

L'interesse legale rimane determinato nel cinque per cento in materia civile, e nel sei per cento in materia commerciale, e si applica nei casi in cui l'interrese sia dovuto, e manchi una convenzione che ne stabilisca la misura.

L'interesse convenzionale è stabilito à volontà dei contraenti.

Nelle materie civili, l'interesse convenzionale dove risultare da atto scritto sotto pena di nullità.

Die Zinsen sind gesetzliche oder vertragsmäßige.

Die gesetzlichen Zinsen bleiben auf 5 % in Civilsachen und auf 6 % in Handelssachen bestimmt, und finden in Fällen von Zinsverbindlichkeit in Ermangelung einer vertragsmäßigen Feststellung des Zinsenmaaßes statt.

Die vertragsmäßigen Zinsen werden nach Belieben der Contrahenten festgestellt.

In Civilsachen müssen die vertragsmäßigen Zinsen schriftlich festgestellt sein, bei Strafe der Nichtigkeit.

*) Das Gesetz wurde nach langer Berathung in der Sitzung der Deputirtenkammer vom 12. März 1857 mit 71 gegen 62 Stimmen angenommen.

Art. 2.

Gli interessi scaduti possono produrre altri interessi, o nella tassa legale in forza e dal giorno di una giudicale domanda, o in vigore di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi nella mesura che verrà pattuita.

Nelle materie commerciali l'interesse degli interesse è in oltre regolato dagli usi e dalle consuetudini.

L'interesse convenzionale o legale sugl'interessi scaduti sopra debiti civili non comincia a decorrere se non quando trattasi d'interessi dovuti per un' annata intera: salvo però riguardo alle case di risparmio quanto fosse altrimenti disposto dai rispettivi loro regolamenti.

Die verfallenen Zinsen können neue Zinsen erzeugen, entweder nach dem geltenden gesetzlichen Fuß vom Tage einer gerichtlichen Klage an, oder kraft einer Verabredung nach Verfall derselben in dem verabredeten Maaße.

In Handelssachen ist der Zins von Zins überdies nach den Gebräuchen und Gewohnheiten geregelt.

Die vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zinsen von verfallnen Zinsen beginnen für Civilschulden nur zu laufen, sobald es sich um geschuldete Zinsen für ein ganzes Jahr handelt: ausgenommen indessen die Sparkassenverhältnisse, für welche deren etwa abweichende Reglements maaßgebend bleiben.

Art. 3.

Il debitore può sempre, dopo cinque*) anni dal contratto restituire, non ostante patto contrario, le somme portanti un interesse maggiore della tassa legale. Egli però dovrà darne sei mesi prima per iscritto l'avviso, il quale importa di pieno diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta.

Der Schuldner darf jederzeit, nach Verlauf von 5 Jahren*) nach der Vertragsschließung, ungeachtet entgegenstehender Verabredung, das zu höheren als den gesetzlichen Zinsen aufgenommene Capital zurückzahlen. Er muß jedoch 6 Monate zuvor dem Gläubiger davon schriftliche Nachricht geben, worin von selbst der Verzicht auf eine etwa verabredete längere Rückzahlungsfrist liegt.

Art. 4.

Le dispozioni dell' articolo precedente non sono applica-

Die Vorschriften des vorstehenden Artikels sind nicht an-

*) Der Entwurf des Ministeriums und der Deputirtenkammer wollte die Rückzahlungsbefugniß schon nach Einem Jahre eintreten lassen.

bili ai contratti di rendite vitalizie, nè a quelli che stabiliscano la restituzione per via di annualità, che contengano gl'interessi ed una quota destinata alla restituzione progressiva del capitale.

Esso non è del pari applicabile a qualunque forma di debito contratto dallo Stato, dai Comuni, o da altri Corpi morali colle autorizzazioni prescritte dalle leggi.

wendbar auf Leibrentenverträge, noch auf solche, bei denen die Zurückzahlung mittelst Annuitäten geschieht, welche ausser den Zinsen zugleich eine zur allmählichen Rückzahlung des Capitals bestimmte Quote in sich schließen.

Er findet gleicherweise keine Anwendung auf jede Art von Schulden, welche vom Staat, von den Communen, oder von anderen gesetzmäßig autorisirten moralischen Körperschaften aufgenommen sind.

Art. 5.

È abrogato l'art. 517 del Cod. pen., e qualunque altra dispozione legislativa contraria alla presente legge. —

Artikel 517 des Strafgesetzbuchs und jede andere Gesetzesvorschrift, welche dem gegenwärtigen Gesetze entgegensteht, ist aufgehoben. —

## X.

### Loi portant prorogation du privilège de la Banque de France vom 9. Juni 1857.

Durch Gesetz vom 9. Juni 1857 ist das Privileg der Bank von Frankreich auf weitere 30 Jahre, bis zum 31. Dezember 1897, verlängert worden, und zugleich eine beträchtliche Vermehrung ihres Capitals und ihrer Vorrechte festgestellt. Wichtig ist vor Allem die Bestimmnng des Art. 8, durch welche der Bank zum erstenmal die Befugniß ertheilt wird, das gesetzliche Zinsmaximum zu überschreiten. Bis dahin war die Bank, wie jeder Privatmann, den Beschränkungen des Gesetzes vom 3. September 1807 unterworfen, und suchte daher die unter Umständen erforderliche Einschränkung ihrer Operationen dadurch zu erreichen, daß sie nur Papier mit höchstens 3 Monaten Verfallzeit discontirte. Der Entwurf des neuen Gesetzes suchte sie dieser Nothwendigkeit dadurch zu überheben, daß er im Art. 7 das durch die Praxis den Privatbanken zugestandene Recht, neben dem Disconto auch eine Provision für Vorschüsse und Discontirungen zu ver-

langen, auch auf sie ausdehnte. Damit wäre das Gesetz vom 3. September 1807 umgangen worden; würdiger war der wirklich eingeschlagene Weg, dasselbe für die Bank ausser Kraft zu setzen.

Art. 8 bestimmt: La banque de France pourra, si les circonstances l'exigent, élever au dessus de 6% le taux de ses escomptes et l'intérêt de ses avances.

Doch sollen nach alin. 2 die daraus entspringenden Vortheile nicht direkt den Banktheilhabern zu Gute kommen: Les bénéfices qui seront résultés, pour la Banque, de l'éxercice de cette faculté, seront déduits des sommes annuellement partageables entre les actionnaires et ajoutés au fonds social.

Eine Beschränkung enthält Art. 11: Les intérêts qui seront dûs par le Trésor, à raison de son compte-courant, seront réglés sur le taux fixé par la Banque pour l'escompte du papier de commerce, mais sans qu'ils puissent excéder trois pour cent.

## XI.

## Stempel auf Uebertragung von Aktien und Obligationen nach Französ. Recht.

Loi portant fixation du budget général des depenses et des recettes de l'exercice 1858 vom 23. Juni 1857. (Budget von 1858) bringt unter §. 2. Impôts autorisés folgende Bestimmungen:

### Art. 6.

Indépendamment des droits établis par le titre II. de la loi du 5 Juin 1850 toute cession de titres ou promesses d'actions et d'obligations dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, financière, industrielle, commerciale ou civile, quelle que soit la date de sa création, est assujettie, à partir du 1. Juillet 1857, à un droit de transmission de vingt centimes par cent francs de la valeur negociée.

Ce droit, pour les titres au porteur, et pour ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert sur les registres de la société, est converti en une taxe annuelle et obligatoire de douze centimes par cent francs du capital des dites actions et obligations, evalué par leur cours moyen pendant l'année précédente, et, à défaut de cours dans cette année, conformément aux règles établies par les lois sur l'enrégistrement.

### Art. 7.

Le droit pour les titres nominatifs, dont la transmission

ne peut s'opérer que par un transfert sur les registres de la société, est perçu, au moment du transfert, pour le compte du trésor, par les sociétés, compagnies et entreprises, qui en sont constituées debitrices par le fait du transfert.

Le droit sur les titres mentionnés au paragraphe 2 de l'article précédent est payable par trimestre, et avancé par les sociétés, compagnies et entreprises, sauf recours contre les porteurs des dits titres.

A la fin de chaque trimestre, les dites sociétés sont tenues de remettre au receveur de l'enregistrement du siège social le relevé des transferts et des conversions, ainsi que l'état des actions et obligations soumises à la taxe annuelle.

Art. 8.

Dans les sociétés qui admettent le titre au porteur, tout propriétaire d'actions et d'obligations a toujours la faculté de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs, et réciproquement.

Dans l'un et l'autre cas, la conversion donne lieu à la perception du droit de transmission.

Néanmoins, pendant un délai de trois mois, à partir de la mise à exécution de la présente loi, la conversion des actions et obligations au porteur, en actions et obligations nominatives, sera affranchie de tout droit.

Art. 9.

Les actions et obligations émises par les sociétés, compagnies et entreprises étrangères, sont soumises, en France, à des droits équivalents à ceux qui sont établis par la présente loi et par celle du 5 juin 1850, sur les valeurs françaises; elles ne pourront être côtées et négociées en France qu'en se soumettant a l'acquittement de ces droits.

Un règlement d'administration publique*) fixera le mode d'établissement et de perception de ces droits, dont l'assiette pourra reposer sur une quotité déterminée du capital social.

Le même règlement déterminera toutes les mesures nécessaires pour l'exécution de la présente loi.

Art. 10.

Toute contravention aux précédentes dispositions et à

*) Publicirt am 17. Juli 1857: Décret concernant les compagnies et entreprises dont les actions et obligations sont assujetties au droit de transmission. (Le Hir Mémorial du commerce 1857. p. 195—198).

celles des règlements qui seront faits pour leur exécution, est punie d'une amende de cent francs à cinq mille francs, sans préjudice des peines portées par l'art. 39 de la loi du 22. frimaire an 7, pour omission ou insuffisance de déclaration.

Art. 11.

L'art 15 de la loi du 5 juin 1850 est abrogé. —

## XII.

## Danziger Seerechtsquellen aus dem 15. und 16. Jahrhundert.

Vom

Herausgeber.

Bereits Pardessus[1]) und Holtius[2]) haben von einer Sammlung Danziger Seerechtsurtheile berichtet, und einen Theil derselben herausgegeben: Pardessus im Ganzen 15 aus den Jahren 1428 — 1436, jedoch nicht ganz zuverlässig[3]), Holtius nur 8 von diesen[4]) mit Erläuterungen und Inhaltsangaben. Bei näherer Durchsicht der beiden, für die Deutschen Seerechtsquellen so wichtigen Codices des Danziger Stadtarchivs, welche namentlich Schlyter für seine neue Ausgabe des Wisbyschen Seerechts eingesehen und theilweise benutzt hat[5]), fand ich im Ganzen 17 Urtheile, von welchen 16 in dem ersten, eines in dem zweiten Coder enthalten sind. —

Der erste Coder, klein Quart, in Pergamentband, besteht aus 5 Abtheilungen:

1) 4 Papierblättern, von denen jedoch nur die erste Seite und ein kleiner Theil der Rückseite des zweiten Blattes beschrieben sind. Sie enthalten ein Register der 12 ersten Capitel des Wasserrechts von Damme.

---

1) Collection des lois maritimes III. 454. 455.
2) Oude Zeeregten in Dantzig in den Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving Deel III. Stuk 1.
3) Collection III. p. 461 ff.
4) a. a. O. p. 12—25.
5) Schlyter Codices juris Visbyensis urbici et maritimi (Corpus juris Sueo-Gotorum antiqui vol. VIII). Einl. p. XLIX. — LVI. Vgl. dazu meine Rezension in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift Bd. III. S. 28—56.

2) 12 durchlinirten Pergamentblättern, von denen jedoch nur die erste Seite des ersten Blattes, und beide Seiten des zweiten, dritten, vierten und fünften Blattes beschrieben sind.

Auf dem ersten Blatte steht folgende Ueberschrift:

Dis seynt die Ortheill vonn Eynem Ersamen Rate dieser lobelichen stadt Dantzike gesprochen In den sachen welche zcuerkentnis des gemeynen wasserrechts gehoren vnd zo dan eyn Ittzlicher fal der sich begibbet In den wasserrechten nicht kan begriffen werden zo mues men alwege zcuerfollinnge derselbtigen zo men ummbe wasserrechte zcusprechen begrust wirt seyn schuldig waes dem gleichsten negt ist zcufynden, zcuerkennen vnd abeczusprechenn Deme selbtigen alzo nochzcugeben hot eyn gemelter erbar Radtt vorgenommen Ire derwegen gesprochene Sententien yn schriften lossen begreifen vnd awszsetzcen.

Auf dem zweiten bis fünften Blatte folgen 9 Urtheile, am Rande mit arabischen Ziffern numerirt. Nr. 9 bricht mitten im Satze mit den Worten vnd dergliken, Vnd densulven schaden ab.

3) 12 Papierblättern, darunter die beiden letzten unbeschrieben. Auf dem ersten Blatte steht ein nicht numerirtes, durchstrichenes Urtheil von 1425. Hierauf folgt in fast unleserlicher Schrift und gleichfalls durchstrichen ein Resumé dieses Urtheils. Auf der zweiten Seite des ersten Blattes beginnen die 15 von Pardessus abgedruckten Urtheile, am Rande mit arabischen Ziffern numerirt; zwischen den einzelnen ist viel Raum, bis zu $1\frac{1}{2}$ Seiten. Die 9 ersten derselben sind mit den 9 Urtheilen der zweiten Abtheilung identisch, so daß angenommen werden darf, sie sind ursprünglich an dieser Stelle niedergeschrieben, um später sämmtlich auf Pergament übertragen zu werden, daß die letzte Arbeit aber später aufgegeben wurde. Daraus erklärt sich, daß die zweite Abtheilung nur 9 Urtheile enthält, und daß das letzte nicht einmal ganz abgeschrieben ist.

4) 22 Pergamentblättern, welche die bei Schlyter abgedruckten wichtigen Handschriften des Waterrechts und der Ordinancie[6]) enthalten[7]).

5) 6 Papierblättern. Auf dem ersten steht Dit is dat water Recht. Darüber in kleiner Schrift:

Unsern leven Frunde vnd nabers.

---

6) Schlyter p. 425—466.

7) Vgl. meine Rezension S. 43. 44. und Schlyter Einl. p. XLIX. — LI. LIV. LV.

Die folgende Seite und das zweite Blatt sind unbeschrieben, Blatt 3 — 6 enthalten den Hanseatischen Rezeß von 1482, im Wesentlichen übereinstimmend mit der von Pardessus Coll. VI. p. 497 mitgetheilten Redaktion. Holtius hat auffallenderweise diese Identität nicht bemerkt. —

Der zweite Codex, dessen Inhalt bisher noch nirgends abgedruckt ist, obwohl eine Abschrift desselben bereits Pardessus bekannt war, haben Schlyter[8]) und Holtius[9]) ausführlich beschrieben. Es ist ein Pergamentcodex in Hautband, bestehend aus 102 durchlinirten und paginirten Blättern. Blatt 1 — 18 enthalten das Wasserrecht von Damme und die Ordinancie, Blatt 31 — 50 das Wisbysche Seerecht. Die übrigen zahlreichen Blätter sind, bis auf einige Inhaltsrubriken, leer, nur Blatt 98vo und 99 findet sich, ohne irgend welche Ueberschrift, ein Urtheil vom Jahre 1581.

Dieses Urtheil und das in dem ersten Codex befindliche gleichfalls noch nicht abgedruckte von 1425 sollen im Folgenden mitgetheilt werden.

## I. Urtheil von 1425.

Im Jaer vnses hn XIIII c vnd XXV Dm. Mandage nã sunt michaelis Dage is Schipper Peter Leddige vor dem Rade gewest vorleggende wo he syn Schipp to Bornesholme hebbe vorloren, vnd etlike van den gudern de he Inne hadde syn geberget daruan. De voged den vierden penyng heft genomme bigernnde. van dem Copmann van alle dem gude dat gebget were vracht tohebenne. darto de Copman antwerde. wat em to der hand vnd in sinen nut nicht enqueme. dat he daruã nicht schuldich were vracht togevend etc.

Hirup de Rath hier kegenwerdich siende hebben afgesproken. Dat de Shipper van alle deme gude dat geberget is, vnd dat de kopmann in sine were entfanget de halve vracht hebben sal wat edder de herschaft daruan nympt, is de Copman nicht plichtich vracht daruan togenen.

## II. Urtheil von 1531.

Szo vnde als denne Daniel Schrifer als cleger an eynem. In stat vnd von wegen siener frunde Schipper Peter Fressen, als eynen beschuldigeden an andern deele beschuldiget vnde beclaget van wegen etzlicker last soltes, zo ehm syne frunde,

---

8) a. a. O. p. LII. LIII. LVI. LXIV.
9) a. a. O. p. 5—9.

In Sehlant nach Rige gefrachtet vnde Ingeladen hebben. Vnde darbauen mit synem Schepe vnde Ingeladenen godern, bavem vormogen der bewilligeden pfracht. hier tor stede gekamen Vnde sick weigert solck Solt to Ryge togeweren, Dar entkegen de gemelde Schipper Peter Fresze vorwendet, ehafftige nodt, de en vorhindert hefft, nach Ryge to lopen, Indeme dat he syn Schip, welckt ehm In der Sehe an gründt gekamen, Vn brochfellig geworden, hefft beteren mothen. Vnde doch nicht benénet mit dem gedochte Solte na Rige to lopen vor fracht to seende.

Nah vorhorunge solcker clage vnde andtwort, Szo erkennen Wir, nah vormogen beschreuener Water rechte, Wo de Schipper Peter Fresze mit synem Stürman, vnde mit ij andern synen Schepes Kindern to gade vnde den Hillige dar sweren dat en de ehaftige noth an syner Szegelation na Ryge vorhindert hefft. So sal he nuh na beteringe synes Shepes vorplicht sien . des Kopmans gudt .. nah lude der fracht mit synem egenem Schepe, effte durch ein ander düchtig Schip vp des kopmans eventure, tho Rige In den margkt tho levern Vnde wen he solck Solt aldar tho levert hefft, sal em als denne van dem Kopmanne syne vracht werden. Dat finde wir tho Waterrechte, vnde spreckent aff vor ein recht. Actum feria secunda intra oct. Corpore Cristi Anno 1531. —

Weshalb das erste Urtheil durchstrichen ist, erklärt sich einfach daraus, daß sich bald nach seinem Erlaß sein Widerspruch mit dem bestehenden Recht herausstellte. Es erschien daher untauglich, als Präjudicat zu dienen. Nach demselben soll der Schiffer von dem geborgenen und dem Destinatair zugekommenen Gute nur die halbe Fracht haben — allein schon früh hatte sich der Grundsatz entwickelt, daß von geborgenen Gütern ganze Fracht, von verlorenen gar keine gezahlt würde. Die Fracht ruht auf der Ladung[10]). Von nordeuropäischen Rechtsquellen jener Zeit ist dies Prinzip anerkannt im Lüb. Statut. v. 1240 c. 226. (Hach II. 222). Hamb. Schiffsrecht von 1270 art. 14 und Zusatz art. 36. (Lappenberg die ältesten Stadt- Schiffs- und Landrechte Hamburg's S. 86). Lüb. Schiffsrecht v. 1299 art. 16; Seerecht von Oléron art. 4 = Seerecht von Damme (Waterrecht) art. 4 = Wisbysches Seerecht art. 18; Holl. Schiffsrecht (Ordinancie) art. 1 = Wisbysches Seerecht art. 40; Bremer Ordeel 134 (Oelrichs S. 143). Statut v. Wisby III. 3. c. 12; Hanseat. Rezeß v. 1447 art. 23. 24. Damit stand auch c. 106 des Lüb. Sta-

10) v. Kaltenborn Grundsätze des praktischen Europäischen Seerechts Bd. I. S. 370 ff. 383. Gelpke Zeitschr. für Handelsrecht Heft 3 S. 48. ff. Heft 1. S. 71. ff.

tuts von 1240 (Hach II. 136. III. 70), welches in das Wisbysche Seerecht art. 13 übergegangen ist, nicht im Widerspruch, wie noch Lappenberg Einl. p. CXLIII. irrthümlich annimmt, da dort nur ganz allgemein bestimmt wird, daß der Schiffer stets auf die halbe Fracht Anspruch habe, sofern die Fahrt nach Anordnung der Befrachter geschehen sei, und auf dieser das Schiff untergeht.

Daher finden wir auch, daß in dem zweiten und sechsten Urtheil der folgenden, aus 15 Nummern bestehenden Sammlung die geltenden Rechtsprinzipien wieder anerkannt sind, freilich mit dem wichtigen Zusatz, daß die ganze Fracht von dem geborgenen Gute nur dann gezahlt werden solle, wenn der Schiffbruch bereits auf hoher See erfolgt sei[11]. —

Das zweite der hier mitgetheilten Urtheile ist nach dem geschriebenen Wasserrecht ergangen, nämlich nach Wisbyschem Seerecht 18 (gleich Oléron 4, Waterrecht v. Damme 4), 40 (gleich Holl. Schifferecht 1), 54 (Holl. Schiffsr. 17), Hanseat. Rezeß v. 1447 art. 8, v. 1482 art. 12. Vgl. auch Danziger Urtheil Nr. 4. —

---

11) Ein Revaler Urtheil spricht von dem geborgenen Gut den Schiffern die ganze Fracht zu; dagegen das abändernde Urtheil des Oberhofs zu Lübeck v. 1486 (Michelsen Oberhof nr. 183) entscheidet, daß, wenn der Schiffer nicht die Hälfte seiner Reise vollbracht habe, er nur auf die halbe Fracht von den unverdorbenen Gütern Anspruch habe.

# Rechtssprüche.

## VI. Kauf.

### 20.

### Gewicht des Lieferungsortes oder des Produktionsortes?

Erste Kammer des Hamburger Handelsgerichts. Audienz vom 24. September 1857. Präses: Herr Dr. Heinichen, Richter: die Herren Woermann und Willink.

Arnthal und Horschitz Gebrüder (Anwalt Dr. Levy) contra Flemming und Rahmmacher (Anwalt Dr. Noak).

Arnthal und Horschitz Gebrüder haben an Flemming und Rahmmacher 150 Centner rothe Kleesaat per Eisenbahn von Breslau verkauft und verlangen, nachdem Flemming und Rahmmacher von dieser Parthie 14431 Pfund empfangen haben, die Abnahme und Bezahlung des Restes von 2571 Pfund.

Flemming und Rahmmacher berechnen das verkaufte Quantum à 105 Pfund per Centner auf 15750 Pfund; darnach hätten sie einen Rest von 1319 Pfund noch zu empfangen, seien auch zum Empfange desselben längst bereit gewesen, während Arnthal und Horschitz Gebrüder die Abnahme eines größeren Restes verlangt hätten. Nachdem so von Seiten der Verkäufer die Lieferung verweigert sei, seien sie niemals im Verzuge gewesen und nunmehr zum Empfange eines Restes überall nicht mehr verpflichtet.

Arnthal und Horschitz Gebrüder berechnen den Centner, als Hamburgischen Centner à 112 Pfund, während Flamming und Rahmmacher nach Preußischen Centnern rechneten. Bei einem hier geschlossenen Handel indessen handele man nach hiesigem, und nicht nach Preußischem Gewichte.

Flemming und Rahmmacher weisen darauf hin, daß der Handel „von Breslau", also aus Preußen geschlossen sei und

daher auf Preußische Centner sich beziehe. Die Kläger verlangten jetzt die Abnahme von sogar noch mehr als 150 Hamburgischen Centnern.

Es wurde erkannt:

da das in der Schlußnote bestimmte Gewicht von 150 Centnern keineswegs von Preußischem, sondern von hiesigem Gewichte zu verstehen ist,

nach Inhalt der Schlußnote aber die Beklagten mehr als genau 150 Centner zu empfangen rechtlich nicht verpflichtet sind, sofern nicht etwa der Beweis eines Einverständnisses derselben, mehr als 150 Centner empfangen zu wollen, erbracht werden möchte,

daß Beklagte von der fraglichen Waare soviel annoch, unter Bezahlung des Kaufpreises sammt Zinsen vom Klagetage zu empfangen schuldig, als nach dem bisher stattgehabten Empfang von den laut Schlußnote gekauften 150 Centnern netto Hamburgisch Gewicht noch restirt.

Gegen dieses Erkenntniß haben Flemming und Rahmmacher das Rechtsmittel der Restitution bei der zweiten Kammer des Handelsgerichtes eingelegt, indem sie sich darüber beschwerten, Hamburgisches Gewicht empfangen und die Zinsen selbst für den ihnen verweigerten Theil der Waare bezahlen zu sollen. Dieselben stützen sich für die erstere Beschwerde auf ein Attest hiesiger Kaufleute, worin dieselben erklären: „daß wir bei allen uns bisher vorgekommenen Lieferungsgeschäften in Kleesamen ab Preußen beim An- oder Verkauf einer gewissen Anzahl Centner immer solche Centner angenommen und verstanden haben, wie dieselben im Produktionslande gelten. Wir würden mithin bei einer Contrahirung „auf Lieferung per Eisenbahn von Breslau keinenfalls Hamburger Pfunde oder Centner, sondern nur Preußische Centner verstehen können."

Die zweite Kammer des Handelsgerichts erkannte in der Audienz vom 28. November d. J. (Präses: Herr Dr. Versmann, Richter: die Herren Brauß und Berkefeld):

da hier ein unter zwei Hiesigen abgeschlossenes Geschäft in Frage steht, der hiesige Platz auch der Erfüllungsort ist,

bei dieser Sachlage aber unter den in der Schlußnote ohne nähere Bezeichnung erwähnten 150 Centnern hiesige und nicht Preußische Centner verstanden werden müssen,

da ferner die Verurtheilung der Imploranten in die Erstattung der Zinsen vom Klagetage die nothwendige Folge des Unterliegens derselben in der Sache selbst ist,

daß das angefochtene Erkenntniß erster Kammer vom 24. Septbr. d. J. unter Verurtheilung der Imploranten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

## 21.

### Abänderung des vereinbarten Zahlungsorts durch Annahme der Faktura. Competenz der Handelsgerichte, sofern der Zahlungsort innerhalb ihres Bezirkes gelegen ist.

Die Handlung D. u. Sohn zu Rheydt verkaufte dem Kaufmann M. H. zu Altena eine Partie Waaren, und übersandte ihm dieselben mit einer Faktura, auf welcher der Zusatz gedruckt war: „zahlbar zu Rheydt." Sie belangte, nach Verfall des Ziels, den genannten H. beim Handelsgerichte zu Gladbach, und erstritt dort ein Urtheil, welches sowohl die von H. vorgeschützte Incompetenzeinrede, wie die der Hauptsache entgegengestellten Einwendungen verwarf, und den Verklagten nach Inhalt der Klage verurtheilte.

Gegen dies Erkenntniß ergriff letzterer die Berufung, und machte zur Rechtfertigung der Incompetenzeinrede geltend, der Vertrag zwischen den Parteien sei zu Altena durch den Reisenden der Appellatin abgeschlossen und ausdrücklich vereinbart worden, daß die Zahlung in Altena bei der nächsten Anwesenheit des Reisenden stattfinden solle; durch den in der Faktura beigedruckten, ganz werthlosen Zusatz „zahlbar zu Rheydt" habe Appellatin keine Aenderung in dem einmal bestehenden Vertragsverhältnisse hervorrufen können. Ueberdies gelte der art. 109 des Rheinischen Handelsgesetzbuchs nicht in den alten Provinzen; es sei daher nach dem Gesetz vom 2. Mai 1853 das Handelsgericht zu Gladbach incompetent. Ueber die behauptete Thatsache werde eventuell der Eid deferirt.

Der Rhein-Appellationsgerichtshof zu Cöln verwarf, in Uebereinstimmung mit den Ausführungen der Appellatin, durch Urtheil vom 5. Februar 1857 die Berufung, aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß nach art. 109 des H.G.B's Kaufgeschäfte durch die Annahme der Fakturen bewiesen werden; daß die von Appellantin angenommene Faktura den Vermerk enthält, daß die Zahlung des Kaufpreises am Orte des Verkäufers zu leisten, und folglich in dieser Hinsicht das Handelsgericht zu Gladbach, nach art. 420 der B. P. O. über die Klage zu erkennen competent war;

In Erwägung, daß der der Appellatin subsidiarisch deferirte Eid keine Thatsachen zum Gegenstand hat, rücksichtlich welcher jene Competenz für ausgeschlossen zu erachten, da, wenn auch, wie behauptet wird, bei der Bestellung der Waare die Zahlung in Altena zu leisten verabredet worden sein sollte, doch durch

die Annahme der die Zahlung als in Rheydt erfolgend darstellenden Faktura jene Verabredung außer Kraft gesetzt worden sein würde."

(Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 52 S. 193 — 195).

22.

Muß der Käufer von Actien den Verkäufer die zur Zeit des Verkaufs bereits abgelaufenen Stückzinsen ersetzen? Dividende in Gestalt von Zinsen.

In dem unter Nr. 1 (Hft. 1 S. 151 ff.) mitgetheilten Rechtsfalle heißt es in den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses ferner:

Der Querulant stützt seinen Hauptantrag auf 3 Gründe:

a) weil nach der Natur der Sache, also nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihm die verlangten Zinsen hätten zugesprochen werden müssen,

b) weil im Zweifel die im Verkehr übliche Handlungsweise (mos regionis) bei der Interpretation der Rechtsgeschäfte zum Grunde zu legen,

c) weil die von ihm behauptete Handelsusance für nicht erwiesen erklärt sei.

Diese Gründe sind daher näher zu prüfen.

ad. a. Wird zum Betriebe eines Geschäfts eine Actiengesellschaft gebildet, so sind die Actionäre nicht Gläubiger, sondern Mitglieder der Gesellschaft. Nach allgemeinen Grundsätzen haben dieselben daher nicht Zinsen für ein verzinslich vorgeliehenes Capital, sondern nur Antheile an dem Gewinne (Dividenden) nach Maaßgabe ihrer Einschüsse zu fordern. von Savigny Obligationenrecht Bd. II p. 113. Von dieser Regel können allerdings Abweichungen vorkommen.

Zunächst ist von einzelnen Staaten bei manchen Actienunternehmungen eine Garantie übernommen, so daß die Actionäre auch bei unergiebigem Betriebe eine gewisse Vergütung für ihre Einlagen zu erwarten haben. Hier nimmt die Actie gleichsam einen doppelten Charakter an, indem sie einerseits dem Inhaber die statutenmäßigen Ansprüche gegen die Gesellschaft gewährt, andererseits aber wegen der Garantie den Anspruch auf eine feste Rente begründet, folglich in dieser Beziehung einem verzinslichen Schulddocumente gleich steht. von Savigny l. c. p. 114 lit. g. Ferner ließe sich denken, daß eine Gesellschaft durch ihr Statut ermächtigt wäre, den Actionären jährlich eine bestimmte Vergütung auszugeb-

len und denselben auf diesem Wege die Annehmlichkeit einer sichern, gleichmäßigen Einnahme zu verschaffen. Natürlich wäre eine derartige Einrichtung nur unter der Voraussetzung zu realisiren, daß die feste Rente mäßig festgestellt und der etwaige Ausfall in einem Jahre durch die Ueberschüsse der nächsten Jahre stets sofort gedeckt würde. Auch bei einer solchen Ausgleichung der Dividenden hätte die Actie gewissermaaßen die erwähnte doppelte Natur, indem die Gesellschaft den Actionären bei glücklichem Geschäftsbetriebe höhere Dividenden, jedenfalls aber die verheißene Rente alljährlich zahlen müßte.

Die Braunschweigische Bank hat eine besondere Garantie des Staates nicht erhalten; dagegen sollen nach §. 17 des Statutes am 1. Juli jeden Jahres halbjährige Zinsen mit 4 % p. a. als Abschlagszahlung auf die Dividende entrichtet werden. Es ist daher in beschränktem Umfange die soeben erwähnte Einrichtung eingeführt, daß, falls der gesammte Reinertrag eines Jahres zu einer Dividendenzahlung von 2 % wider Erwarten nicht ausreichen sollte, der am 1. Juli entrichtete Vorschuß durch die Einkünfte des folgenden Betriebsjahres zu decken wäre.

Indeß bezieht sich die erwähnte Einrichtung nur auf die erste Hälfte eines jeden Rechnungsjahres; rücksichtlich der zweiten Hälfte, welche im vorliegenden Falle allein in Frage steht, bleibt es dagegen ganz bei der durch die Natur gesellschaftlicher Unternehmungen begründeten Regel, wonach der Actionär von der Gesellschaft nur eine Dividende, bei mangelndem Gewinne aber weder Zinsen noch sonst eine Vergütung für sein Einlagecapital zu fordern hat. Die Annahme des Querulanten, daß nur der Bequemlichkeit und Kostenersparung wegen für die zweite Jahreshälfte die Ausgabe von Zinscoupons unterblieben sei, ist hiernach unrichtig.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß ein Actionär, der seine Actie incl. Dividende verkauft, nach allgemeinen Grundsätzen die sämmtlichen Ansprüche veräußert, welche ihm überhaupt gegen die Gesellschaft zustehen. Nach der Natur der Sache kann daher die Frage, ob der Zinsanspruch für das zweite Halbjahr mit verkauft sei oder nicht, in keiner Weise auftauchen, eben weil ein solcher Zinsanspruch gegen die Gesellschaft rechtlich überall nicht existirt. Die Ausstellung, daß die angefochtene Sentenz bei ihrer Auffassung des Kaufobjects (der Dividende) sich mit allgemeinen Rechtswahrheiten im Widerspruche befinde, erscheint aus diesen Gründen unhaltbar.

ad. b. Es mag immerhin sein, daß im Geschäftsleben auch die Braunschweigischen Bankactien häufig wie vierprozentige Creditpapiere behandelt werden. Nach den im Geldverkehre üblichen Rücksichten erscheint dies völlig erklärlich, nicht allein für die erste Hälfte eines jeden Jahres, sondern auch für die zweite Hälfte.

so lange das Publikum auf eine höhere oder geringere Dividende rechnet, der Betrag derselben aber noch nicht festgestellt ist. Eine derartige Handlungsweise beruht zunächst auf der Convenienz der Geschäftsleute und bekommt ihren bestimmten rechtlichen Inhalt durch die besondere Uebereinkunft in jedem einzelnen Falle.

Allerdings hat der Richter bei der Interpretation der Rechtsgeschäfte auf die im Leben übliche Handlungsweise zu achten, also im Zweifel anzunehmen, daß die Contrahenten ihre Willenserklärungen in einem der Uebung (mos regionis) entsprechenden Sinne abgegeben haben. L. 34 de regulis iuris 50. 17. Indessen wird diese Interpretationsregel als solche in der sententia a qua nicht verneint und es ist daher in dieser Hinsicht die Verletzung einer Rechtsnorm nicht vorhanden. Ob aber im einzelnen Falle ein erheblicher Zweifel über den Inhalt der Willenserklärung vorhanden sei, ob dieser Zweifel durch Anwendung obiger Interpretationsregel seine Erledigung finden könne, ist Gegenstand faktischer Untersuchungen und bleibt daher dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters überlassen.

Wäre also hierbei ein Irrthum vorgekommen und der Querulant in unbilliger Weise verletzt, so ließe sich die Abhilfe doch nicht im Wege der Richtigkeitsbeschwerde bewirken.

Ad c. Endlich könnte sich im kaufmännischen Verkehre sehr wohl der gewohnheitliche Rechtssatz gebildet haben, daß bei Geschäften die Braunschweigischen Bankactien und ähnliche Effekten wie 4 procentige Creditpapiere angesehen und behandelt werden müssen, daß also diese Auffassung selbstverständlich ein s. g. naturale negotii sei.

Unter dieser Voraussetzung wäre dem Querulanten beizupflichten, daß der Dividendenschein nach den im Actienhandel geltenden Rechtsansichten gleichsam aus einem halbjährigen Zinscoupon und einem Dividendenscheine in engerer Bedeutung zusammengesetzt sei, und daß der Verkauf der Actie incl. Dividende nur diese letztere unbestimmte Quote, nicht aber den fingirten Zinscoupon des zweiten Halbjahres umfasse. Dem Kläger gebührten danach die geforderten Zinsen, falls nicht, was eventuell zu prüfen wäre, die Clausel des Schlußscheines: „es werden 5 Tage Zinsen berechnet“ im Wege steht. Indeß sind die erwähnten rechtlichen Folgen einer derartigen Usance in der angefochtenen Sentenz vollständig anerkannt und es ist die Klage nur deshalb verworfen, weil der Richter den Beweis für ungenügend erachtet hat. —

(Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1857 No. 9. S. 129—132.)

## 23.

## Ankauf von Aktien während des Mortifications-verfahrens. Regreß des Käufers. Verjährung des Regresses.

Der Banquier Itzinger kaufte am 2. Juni 1852 von der Frau Lieutenant Jacobi mehrere Stargard-Posener Eisenbahn-Aktien und unter diesen die Aktie No. 36,330 über 100 Rthlr. zum Kourse von 86¾ Prozent. Den folgenden Tag verkaufte er die genannte Aktie an die Banquiers Hirschfeld und Wolff. Als diese zu Anfang des Jahres 1855 die fälligen Dividendenscheine der Aktie einlösen wollten, wurde ihnen deren Realisation verweigert, und von der Direktion der Königl. Ostbahn der Bescheid ertheilt, daß diese Aktie nebst den dazu gehörigen Dividendenscheinen No. 7—12 von dem Auktions-Kommissarius Franz zu Berlin, als ihm entwendet, angemeldet, nach Vorschrift des betreffenden Statuts aufgeboten, und das Aufgebot in dem Zeitraum vom 30. Mai 1851 bis zum 30. Januur 1852 in der Haude-Spener'schen, Vossischen, Posener, Stettiner und Ostsee-Zeitung veröffentlicht, demnächst aber die Aktie nebst den Dividendenscheinen No. 7—12 von dem Königlichen Kreisgericht zu Stettin durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 26. Mai 1852 für amortisirt erklärt worden sei. Der Banquier Itzinger zahlte darauf an Hirschfeld und Wolff am 4. Mai 1855 den ihm für die fragliche Aktie gezahlten Kaufpreis zurück, und außerdem noch 3½ Prozent Zinsen seit dem 1. Januar dieses Jahres.

Er trat hierauf mit der Regreßklage gegen die Jacobi auf. Er hielt sich für berechtigt, von derselben, als seiner Verkäuferin, den gezahlten Kaufpreis nebst landüblichen Zinsen seit dem Tage des Kaufes erstattet zu verlangen, weil beim Kaufe des Papiers die Verzinslichkeit und Koursfähigkeit stillschweigende Voraussetzung gewesen sei, diese Eigenschaft aber wegen der bereits stattgehabten Amortisirung des Instruments gefehlt habe.

Verklagte wendete ein, daß die Aktie erst am 26. Mai 1852 für amortisirt erklärt worden, daß Kläger sie am 2. Juni 1852 erworben, somit zu einer Zeit, wo das Erkenntniß noch nicht rechtskräftig war, und daß deßhalb Kläger oder sein Rechtsnachfolger entweder das Erkenntniß anfechten oder sie, die Verklagte, dazu hätte in den Stand setzen müssen. Event. wendete sie Verjährung des Rechts auf Gewährleistung ein und beantragte Abweisung des Klägers.

Der erste Richter, das Stadtgericht zu Berlin, wies den Kläger ab. „Zuvörderst", sagte er, „bedarf es keiner weitern Ausführung, daß Eisenbahn-Aktien nicht auf Grund einer Cession, sondern eines Kaufs erworben werden, — Entscheidungen des

Ober-Tribunals Bd. 17. S. 154. Es finden also in Ansehung der Gewährleistung die hierfür bei Kaufgeschäften gegebenen Vorschriften Anwendung. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß die Koursfähigkeit zum Wesen der Eisenbahn-Aktien gehört. Der Käufer derselben will ein Geldpapier erwerben, das jeden Augenblick wieder verkäuflich ist. Die Koursfähigkeit ist daher als eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft jener Papiere anzusehen, die der Verkäufer nach den Vorschriften der Gewährleistung zu vertreten hat. Dieser muß die Sache mit allen bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, und zwar in demjenigen Zustande übergeben, in welchem sie sich zur Zeit des geschlossenen Kaufs befunden hat, — §§ 192—194. I. 11. des Allgem. Landrechts. Er muß mithin, da er bei allen nicht in Pausch und Bogen geschlossenen freiwilligen Verkäufen die Gefahr bis zur Uebergabe der Sache trägt, — §. 94., für die in der Zeit zwischen dem Abschlusse des Vertrages und der Uebergabe entstandenen Mängel haften. Daraus folgt, daß der Anspruch auf Gewährleistung ausgeschlossen ist, wenn der Fall nicht vor der Uebergabe entstanden ist. Es folgt dies auch daraus, daß das Gesetz bei Vieh in gewissen Fällen die Vermuthung eintreten läßt, daß es schon vor der Uebergabe krank gewesen, obwohl es erst nach derselben krank befunden worden, — §§ 199. ff. Endlich ist es im §. 322. I. 5. und im §. 207. I. 11. a. a. O. ausgesprochen.

Für den gegenwärtigen Fall steht fest, daß das Amortisations-Erkenntniß über die fragliche Aktie am 26. Mai 1852 ergangen ist, dasselbe konnte also am 2. Juni 1852, dem Tage, an welchem Kläger die Aktie von der Verklagten gekauft hat, noch nicht rechtskräftig sein, da die Rechtskraft erst eintritt, wenn sich 4 Wochen nach geschehenem Aushange desselben an der Gerichtsstelle Niemand gemeldet hat. Da die wirkliche Amortisation erst mit der Rechtskraft des Erkenntnisses erfolgt, — §. 130. I. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung, diese aber nach dem Verkaufe und der Uebergabe der Aktie an Kläger erst eingetreten ist, so fällt der Anspruch auf Gewährleistung fort. Er erledigt sich auch aus einem andern Grunde. Inhalts der vom Kläger selbst beigebrachten amtlichen Auskunft der Direktion der Ostbahn ist die Aktie in der Zeit vom 30. Mai 1851 bis 30. Januar 1852 in den hiesigen und andern Zeitungen aufgeboten worden. Nach §. 329 I. 5. a. a. O. finden bei dem Mangel stillschweigend vorausgesetzter Eigenschaften die Vorschriften der §§. 81. 82. I. 4. daselbst Anwendung. Inhalts dieser entkräftet ein Irrthum in stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften eine Willenserklärung, ausgenommen, wenn der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat. Die Ausnahme trifft

hier zu. Ein mäßiges Versehen ist ein solches, welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit vermieden werden konnte — §. 20. I. 3. a. a. O. Der Kläger ist Banquier, er treibt Handel mit dem Ein- und Verkauf von Aktien, das geht aus seinen eigenen Erklärungen hervor, für ihn war es daher eine ungewöhnliche Nachlässigkeit, daß er sich um das Aufgebot der Aktie nicht bekümmerte."

„Endlich steht dem Anspruche des Klägers noch ein dritter Grund entgegen."

„Der Käufer kann nach den §§. 331. und 327. I. 5. des Allgem. Landrechts nur dann die Aufhebung des Vertrages wegen fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften der erkauften Sache vom Verkäufer fordern, wenn er die Sache in dem Stande, in dem er sie empfangen hat, dem Verkäufer zurückgeben kann. Daß Kläger hierzu außer Stande, bedarf keiner weitern Ausführung, da die völlige Werthlosigkeit der Aktie erst seit der Uebergabe eingetreten ist. Er kann daher nach §. 325 a. a. O. nur soviel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist. So hat Kläger nicht geklagt, denn er verlangt das zurück, was er als Weiterverkäufer seinem Abnehmer als Kaufpreis zurückerstattet hat. Er ist aber auch diesen Minderwerth gar nicht anzugeben im Stande, weil sich nicht feststellen läßt, wie viel eine Aktie, über welche ein Amortisationsverfahren schwebt, und welche deßhalb minder leicht verkäuflich sein mag, dadurch an Werth verloren hat."

Auf eingelegte Berufung hat der zweite Richter, das Kammergericht in Berlin, die Verklagte verurtheilt. Derselbe hat seine Entscheidung in nachstehender Art gerechtfertigt.

Nach den §§. 135. 193. I. 11. des Allgem. Landrechts ist der Verkäufer einer Sache schuldig, dem Verkäufer dieselbe so zu gewähren, daß dieser sie bedungenermaaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne, und wenn keine besondere Beschaffenheit vorbedungen ist, so muß die Sache diejenigen Eigenschaften haben, die bei einer jeden Sache derselben Art gewöhnlich vorausgesetzt werden. Bei einer Eisenbahn-Aktie aber wird vom Käufer einer solchen gewöhnlich, abgesehen davon, daß er sie als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne, namentlich noch voraussetzt, daß er sie zu jeder Zeit nach dem Tageskourse ohne besondere, im Wesen und in der inneren oder äußeren Beschaffenheit der Aktie nicht schon von selbst liegende Schwierigkeit verwerthen könne, und insbesondere auch, daß die Aktie nicht etwa als gestohlen oder aus einem andern Grunde öffentlich aufgeboten worden. Denn nach ergangenem öffentlichen Aufgebote würden dem Käufer zur Erhaltung seiner Rechte Weitläufigkeiten und unter Umständen Kosten verursacht

werden. Er würde sogar, wenn er sich bei Geltendmachung seiner Rechte nachlässig zeigt, deren gänzlichen Verlust zu gewärtigen haben.

Wollte er aber die Aktie veräußern, so würde sie an diejenigen, welche von dem Aufgebote Kenntniß erlangt haben, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nur zu einem geringeren Preise als dem Kourswerthe verkäuflich sein. Einer als gestohlen öffentlich aufgebotenen Aktie fehlen also die bei einer solchen gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften.

Nach den §§. 135. ff. 193. ff. 198. I. 11., §§. 329—331. 325—328. I. 5., §§. 81. und 82. I. 4. des Allgemeinen Landrechts ist der Käufer wegen gewöhnlich vorausgesetzter, nicht in die Augen fallender, aber fehlender Eigenschaften der erkauften Sache, insofern er seinen Irrthum nicht selbst durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen veranlaßt hat, vom Verkäufer Gewähr zu fordern berechtigt.

Dies trifft hier zu. Denn die Stargard-Posener Eisenbahn-Aktie No. 36,330 über 100 Rthlr. nebst den dazu gehörigen Dividendenscheinen No. 7—12, welche Kläger am 2. Juni 1842 von der Verklagten kaufte und übergeben erhielt, war Inhalts des vom Kläger beigebrachten Schreibens der Königlichen Direktion der Ostbahn vom 23. April 1855 von dem Auktions-Kommissarius Franz in Berlin als ihm entwendet angemeldet und nach Vorschrift des Statuts der Stargard-Posener Eisenbahngesellschaft schon in dem Zeitraume vom 30. Mai 1851 bis 30. Januar 1852 in den hierzu durch dasselbe bestimmten Zeitungen öffentlich aufgeboten worden.

Der Eisenbahn-Aktie No. 36,330 nebst Dividendenscheinen fehlten mithin wegen dieses Aufgebots bereits zur Zeit ihres Verkaufs und der Uebergabe seitens der Verklagten an den Kläger jene vom Käufer einer solchen gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, welche Verklagte als Verkäuferin der Aktie dem Kläger, als ihrem Käufer, gegenüber zu gewährleisten verpflichtet ist.

Mit Unrecht will der erste Richter den Anspruch des Klägers auf Gewährleistung schon aus dem Grunde ausschließen, weil die wirkliche Amortisation der in Rede stehenden Aktie erst mit der — nach dem Verkaufe und der Uebergabe eingetretenen — Rechtskraft des Amortisations-Erkenntnisses vom 26. Mai 1852 erfolgt sei. Allerdings ist es ganz richtig, daß die Gefahr in Ansehung der Aktie auf den Kläger als deren Käufer schon mit der Uebergabe am 2. Juni 1852 übergegangen ist, daß Verklagte nur bis dahin die Gefahr getragen hat, und daß demzufolge der Anspruch auf Gewährleistung fortfallen würde, wenn die Aktie erst nach der Uebergabe fehlerhaft geworden wäre.

Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß das Amortisations-Erkenntniß erst später rechtskräftig geworden, — §. 130. I. 51.

der Allg. Gerichts-Ordnung, §. 3. littr. c. der Verordnung vom 5. Mai 1838, und die wirkliche Amortisation der Aktie erst mit dessen Rechtskraft eingetreten ist. Aus allem Diesen folgt indessen noch nicht, daß die Aktie erst mit der Rechtskraft jenes Urtheils fehlerhaft geworden ist. Sie war vielmehr nach Obigem schon zur Zeit des Verkaufs und der Uebergabe an den Kläger, weil sie bereits vorher von der Königlichen Direktion der Ostbahn als gestohlen öffentlich aufgeboten worden, fehlerhaft, und Kläger dieserhalb nicht im Stande, sie ihrem Wesen gemäß als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen zu können. Der Umstand also, daß die Rechtskraft des Amortisations-Erkenntnisses erst nach der Uebergabe der Aktie an den Kläger eingetreten war, kann ihn seines Anspruches auf Gewährleistung nicht verlustig machen, und bedurfte es sonach nicht erst der Aufnahme des vom Kläger in der Appellations-Rechtfertigungsschrift darüber angetretenen Beweises, daß eine als gestohlen öffentlich aufgebotene Aktie, von dem Augenblicke des Aufgebots an, im Aktienhandel keinen Kours habe und werthlos sei.

Auch mag es dahingestellt bleiben, ob, wie Kläger behauptet, und Verklagte bestritten hat, die in Rede stehende Aktie dem Auktions-Kommissarius Franz wirklich gestohlen war. Denn zur Gewährsverbindlichkeit der Verklagten genügt es in dieser Beziehung, daß die Aktie bereits vor dem Verkaufe und der Uebergabe an den Kläger als eine solche, welche angeblich gestohlen worden, öffentlich aufgeboten war, und würde es Sache der Verklagten und nicht des Klägers gewesen sein, dem Provokanten Franz gegenüber im Aufgebots- und Amortisationsverfahren ihre Rechte geltend zu machen. In keinem Falle aber kann darin, daß Kläger dies unterlassen und sich weder um den Aushang des Amortisations-Erkenntnisses, welcher nach §. 3. littr. c. der Verordnung vom 5. Mai 1838 an öffentlicher Gerichtsstelle des Königlichen Kreisgerichts zu Stettin 14 Tage lang erfolgen mußte, noch um das Aufgebot der Aktie bekümmert hat, ein den Anspruch des Klägers aufhebendes Versehen gefunden werden. Denn wenn auch derjenige, welcher im Besitze einer Eisenbahn-Aktie ist, sich um die auf eine solche bezüglichen, seitens der Vertreter der betreffenden Eisenbahngesellschaft ergehenden öffentlichen Bekanntmachungen bekümmern muß, was namentlich für die Inhaber von Stargard-Posener Eisenbahn-Aktien durch §. 29 des Statuts der Stargard-Posener Eisenbahngesellschaft, bestätigt den 4. März 1846 (Gesetz-Sammlung S. 97) vorgeschrieben ist; so kann dies doch nicht dem zugemuthet werden, welcher eine Aktie erst ankauft, selbst wenn er mit dem Ein- und Verkaufe von Aktien Handel treiben, und ihm deßhalb ein Versehen zur Last fallen sollte, weil er eine bereits aufgebotene Aktie acquirirt hat.

Im vorliegenden Falle nun hatte Kläger keine Veranlassung, sich um das Aufgebot der Aktie, respektive um den Aushang des Amortisations-Erkenntnisses zu bekümmern und letzteres anzufechten, umsoweniger, als die öffentliche Bekanntmachung bereits vier volle Monate vor dem Ankaufe erfolgt war. Unter allen Umständen aber würde das Versehen der Verklagten als Verkäuferin der Aktie, weil das Aufgebot während ihrer Besitzzeit ergangen war, größer als das des Klägers sein, und sie der Verpflichtung zur Gewährleistung nicht enthoben werden können. Dem Kläger ist indessen ein Versehen überhaupt nicht zur Last zu legen, es würde vielmehr höchstens nur angenommen werden dürfen, daß er beim Ankaufe der Aktie nicht die gehörige Aufmerksamkeit angewendet habe. Als unvorsichtiger Käufer würde er alsdann zwar, dem Provokanten Franz gegenüber, einem unredlichen Besitzer gleich zu achten sein, hätte aber dessenungeachtet gegen die Verklagte Anspruch auf Erstattung des ihr gezahlten Kaufgeldes, — §. 161. I. 11. des Allgem. Landrechts.

Es konnte sonach der Annahme des ersten Richters,

> für den Kläger sei es eine ungewöhnliche Nachlässigkeit gewesen, daß er sich um das Aufgebot der Aktie nicht bekümmert habe, und falle auch aus diesem Grunde sein Anspruch auf Gewährleistung fort,

nicht beigetreten werden, und findet es nach Obigem auch seine Erledigung, wenn Verklagte in der Klagebeantwortung einwendet, Kläger hätte am 2. Juni 1852 das Aufgebot und die Amortisation der Aktie ebenso gut als sie kennen müssen.

In gleicher Weise hinfällig erscheint auch der von der Verklagten in erster Instanz erhobene, vom ersten Richter aber nicht zur Beurtheilung und Entscheidung gezogene Einwand der Verjährung, da Kläger die Kontraktsklage auf Aufhebung des Kaufvertrages und Erstattung des an die Verklagte Geleisteten angestellt hat, und hier nur die gewöhnliche Klage-Verjährung Platz greifen könnte.

Unterliegt hiernach die Verpflichtung der Verklagten zur Gewährleistung wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Aktie keinem Zweifel, und kann Verklagte selbstverständlich die der mortifizirten Aktie fehlende Eigenschaft der Koursfähigkeit nicht nachträglich gewähren, so ist Kläger nach §. 198. Tit. 11., §§ 331. 325—328 I. 5. des Allgem. Landrechts auch berechtigt, von dem mit der Verklagten abgeschlossenen Kaufkontrakte wieder abzugehen und auf dessen Aufhebung aus den §§. 326. und 327. I. 5. a. a. O. zu klagen, jedoch verpflichtet, die Aktie in dem Stande, in welchem er sie von der Verklagten empfangen hat, zurückzugeben. Demgemäß hat Kläger auch ausdrücklich unter der Erklärung, daß er sich berechtigt halte, von dem Vertrage wieder abzugehen, seinen

Klageantrag auf Erstattung des der Verklagten gezahlten Kaufgeldes gegen Rückgabe der Aktie und der noch vorhandenen Dividendenscheine gerichtet.

Der erste Richter meint nun zwar, daß Kläger die Aktie weil ihre völlige Werthlosigkeit erst nach der Uebergabe eingetreten sei, nicht in dem früheren Zustande zurückzugeben vermöge, und deshalb nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern gemäß §. 328 daselbst nur soviel an Vergütung fordern könne, als die Aktie wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth sei.

Dieser Abweisungsgrund erweist sich jedoch ebensowenig durchgreifend, als die beiden bereits erörterten. Denn einestheils kann der Zeitpunkt der Rechtskraft des Amortisations-Erkenntnisses auch hierbei nicht entscheidend sein, da der Fehler der Aktie schon vor ihrer Uebergabe an den Kläger vorhanden war und nicht erst während, respektive nach seiner Besitzzeit entstanden ist; anderntheils ist die Ansicht des ersten Richters, daß hierbei auf die innere Veränderung der Aktie hinsichtlich ihres Werths Gewicht zu legen sei, mit dem obersten Grundsatze von der Gewährleistung, dem §. 135. I. 11. des Allgem. Landrechts, nicht zu vereinigen. Danach war Verklagte schuldig, dem Kläger die Aktie so zu gewähren, daß er dieselbe nach der Natur und dem Inhalte des Kaufvertrages als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen konnte. Dies war aber dem Kläger, respektive seinen Besitznachfolgern, wegen des bereits erfolgten Aufgebots und des ergangenen, wenn auch zur Zeit der Uebergabe der Aktie noch nicht rechtskräftig gewesenen Erkenntnisses nicht möglich.

Der auf Aufhebung des Kaufvertrages, respektive auf Erstattung des Kaufpreises für die Aktie nebst Dividendenscheinen gerichtete Klageanspruch erscheint sonach vollständig begründet, und kommt es hierbei nicht auf dasjenige an, was Kläger den Banquiers Hirschfeld und Wolff, welchen er die Aktie mit den Dividendenscheinen am 3. Juni 1852 weiter verkaufte, hat zahlen müssen, sondern darauf an, was Verklagte von ihm als Kaufgeld erhalten hat. Daß dies aber die eingeklagte Summe von 86 3/4 Rthlrn. betrage, ist von der Verklagten nicht bestritten worden.

Auf die von der Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal am 8. Januar 1857 das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

### Gründe:

Der vorige Richter geht davon aus, daß es sich hier um die Vertretung des Mangels einer vorausgesetzten Eigenschaft, welche der Aktie No. 36,330 schon vor ihrem durch die Verklagte an den Kläger geschehenen Verkaufe gefehlt habe, handle. Er erachtet die Verklagte mit Rücksicht auf die §§. 135 ff. 193. ff.

198. I. 11. §§. 329 — 331. 325 — 328. I. 5. §§. 81. 82. I. 4. des Allgem. Landrechts zu dem geforderten Ersatze für verbunden, weil sich nicht annehmen lasse, daß Kläger den Irrthum, in welchem er sich bei dem Erwerbe der Aktie in Bezug auf jenen Mangel befand, durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen verschuldet habe, unter allen Umständen aber der Verklagten, weil das Aufgebot während ihrer Besitzzeit ergangen war, ein weit größeres Versehen zur Last fallen würde, und er hält den auf Grund der §§. 344. 345. erhobenen Einwand der kürzeren Verjährung für verwerflich, weil aus dem mit der Verklagten errichteten Vertrage auf Aufhebung desselben sowie auf Erstattung des Geleisteten geklagt sei, und deßhalb nur die gewöhnliche Klageverjährung hätte Platz greifen können.

Die Implorantin legt dem Appellations-Richter in letzterer Hinsicht einen Verstoß wider die §§. 343. 344. I. 5. des Allg. Landrechts zur Last, und diese Rüge ist denn auch für begründet zu erachten, ohne daß das vorige Urtheil an sich durch einen anderen Entscheidungsgrund gehalten wird.

Die §§. 343 — 345 stehen mit den §§. 325 ff. in genauem innerm Zusammenhange, und der §. 326 bestimmt, daß der Uebernehmer von dem Kontrakte wieder abgehen darf, wenn der Geber die fehlende Eigenschaft nicht zu gewähren vermag. Der §. 327 schreibt vor, daß er alsdann die Sache in dem Zustande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben muß, und der §. 328 fügt hinzu, daß es, wenn der Empfänger dies nicht will, oder nicht kann, bei dem Vertrage sein Bewenden behält, und ihm nur ein Anspruch auf den Minderwerth zusteht.

Der Appellations-Richter ist selbst der Ansicht, daß der §. 325 hier eintrete, und er wendet den §. 328 nicht an, weil dem Wesen nach seit der Uebergabe der Aktie an den Kläger keine Veränderung damit vorgegangen sei, die es dem Kläger unmöglich gemacht hätte, sie in demselben Zustande, wie er sie empfangen, zurückgegeben. Es ist ferner in dem angefochtenen Urtheil, wie erwähnt, ausdrücklich auf den, einen Kaufvertrag voraussetzenden §. 198. I. 11. des Allgem. Landrechts, welcher seinerseits vorschreibt, daß wegen fehlerhafter Beschaffenheit der verkauften Sache die Vorschriften der §§. 319 ff. Anwendung finden, Bezug genommen, und es läßt sich hiernach nicht absehen, wie der vorige Richter die kürzere Verjährung der §§. 343 ff. blos deshalb hat für ausgeschlossen erachten können, *weil aus dem Vertrage auf dessen Aufhebung und Erstattung des Geleisteten geklagt worden.*

Die angefochtene Entscheidung war sonach zu vernichten, und es mußte auch in der Hauptsache das erste Erkenntniß, wodurch

Kläger mit der wider die Verklagte erhobenen Klage abgewiesen worden ist, bestätigt werden.

Die in Rede stehende Aktie hat durch die erfolgte Amortisation alle Gültigkeit verloren, und es ist ihr dadurch die wesentliche Eigenschaft eines coursfähigen und jeden Augenblick verwerthbaren Papiers, welche sie früher besessen, entzogen worden. Diese Wirkung äusserte jedoch das ergangene Amortisations-Erkenntniß erst von dem Augenblicke an, da es die Rechtskraft beschritt, und es würde mithin von einer, dem Kläger durch die Verklagte zu leistenden Gewähr möglicher Weise nur dann haben die Rede sein können, wenn sie dieselbe dem Kläger erst nach jenem Zeitpunkte verkauft hätte. Der letztere hat jedoch die Aktie von der Verklagten erworben, ehe noch das Amortisations-Urtheil in die Rechtskraft übergegangen war, und es muß mithin der von ihm erhobene Anspruch für unbegründet erachtet werden.

(Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 23. S. 210 — 222.)

## 24.

## Lieferungsgeschäft. Differenzklage. Ungültiges Differenzgeschäft?

Handelsmann L. in Mannheim ertheilte dem Handlungshaus G. u. Comp. in Frankfurt den Auftrag, für dessen Rechnung 10,000 fl. Berbacher Eisenbahnaktien zum Tagescours pro ultimo Juni zu verkaufen, welcher Verkauf auch zum Cours von 135 1/4 (5000 fl.) und 135 5/8 (5000 fl.) vollzogen wurde. Ende Juni stand der Cours viel höher; statt zu liefern, ließ deshalb L. prolongiren auf ultimo Juli, was das Handlungshaus G. u. Comp. dadurch bewerkstelligte, daß es am 29. Juni von St. 10,000 fl. Berbacher Aktien zu dem Tagescourse von 145 fl. erkaufte und sich mit dem ersten Käufer hiernach berechnete. Diese Papiere waren am Ende Juli abermals bedeutend in die Höhe gegangen; L. verlangte deshalb eine abermalige Prolongation; das Frankfurter Haus verweigerte solche und begehrte die Realisirung, die es in Ermangelung der Lieferung dadurch bewirkte, daß es am 31. Juli 10,000 fl. Berbacher Eisenbahnaktien zum Tagescours von 159 3/4 von St. erkaufte und hiernach mit ihm bezüglich der ihm ultimo Juli zu liefernden 10,000 fl. Berbacher Eisenbahnaktien abrechnete. Auf Grund dieser Thatumstände klagte das Frankfurter Handlungshaus gegen L. die Summe von 2479 fl. 4 kr. (Kursdifferenz) nebst Zinsen zu 6 Pct. vom 31. Juli 1855 beim Stadtamte Mannheim ein. Der Beklagte widersprach theilweise den be-

haupteten Thatsachen und setzte der Klage die Einrede entgegen, daß das Geschäft als Differenzgeschäft die Natur eines Spielvertrags (Wette) an sich trage, daher nicht klagbar sei. (L. R. S. 1965). Das Gr. Stadtamt wies die Klage auf Grund der obenerwähnten Einrede ab, indem es davon ausging, daß die der Klage unterbreiteten Geschäfte zwar in die Form eines erlaubten Vertrags eingekleidet seien, daß daher die Klage insofern an und für sich betrachtet rechtlich begründet erscheine, daß dagegen das Ergebniß der Beweisverhandlungen die Einrede dargethan habe, daß hier ein Differenzgeschäft oder Börsenspiel — Wette — vorliege, woraus das Gesetz keine Klage gestatte.

Der Richter II. Instanz dagegen ging von folgender Ansicht aus: Von einem verbotenen Spiel könne nur dann die Rede sein, wenn feststehe, daß die Absicht beider Contrahenten darauf gerichtet war, eine wirkliche Lieferung gerabezu auszuschließen und die Zahlung der Differenzen zum alleinigen Gegenstand ihres Vertrags zu machen, daß daher die Parteien blos deshalb einen wirklichen Verkauf von Werthpapieren simulirten, um die wahre gesetzwidrige Vertragsursache dem Auge des Richters zu entziehen. Weder aus der Correspondenz noch aus anderweitigen vom Beklagten angeführten Umständen lasse sich aber entnehmen, daß es auf Seite des Klägers nicht auf eine reelle Lieferung am Verfalltage abgesehen gewesen sei, und auch von Seite des Beklagten sei demselben kein Anhaltspunkt zur Annahme eines von ihm beabsichtigten bloßen Differenzgeschäfts gegeben worden; daß es aber den Beklagten nicht berühre, ob etwa (wie Beklagter behauptete) das klagende Handlungshaus mit dritten Personen in Folge des erhaltenen Auftrags zu dessen Realisirung bloße Differenz- statt wirklicher Lieferungsgeschäfte gemacht habe, da es dem Beklagten ja jederzeit freigestanden, durch reelle Lieferung der verkauften Aktien die von ihm übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen. Die in der Klage behaupteten Geschäfte selbst fand aber der Gerichtshof nicht vollständig bewiesen und erkannte deshalb auf den darüber vom Kläger auszuschwörenden Erfüllungseid, von dessen Ableistung die Verurtheilung des Beklagten abhängig gemacht wurde. Auf die hiergegen vom Beklagten ergriffene Oberappellation bestätigte das Oberhofgericht zu Mannheim aus denselben Gründen das hofg. Urtheil, unterm 30. Juni 1857. (In Sachen Götz u. Comp. c. Cassel).

Nach denselben Grundsätzen wurde erkannt durch oberhofgerichtliches Urtheil v. 9. 11. 57. in Sachen Cron c. Wachenheim.

(Magazin für Bad. Rechtspflege III. S. 435. 436).

## 25.

### Lieferungsvertrag. Klage auf Erfüllung. Ist Oblation oder Zahlung des Kaufpreises am Stichtage zur Begründung der Klage erforderlich?

Kläger will am 14. Januar 1856 mit Beklagten übereingekommen sein, daß letzterer ihm am 15. Juli 1856 2000 fl. Creditaktien, nämlich 10 Stück zu 218 fl. liefere; desgleichen am 15. Januar über weitere 15 Stück zu demselben Course per 15. Juli. Er hat sich zur Zahlung des Baarbetrages bereit erklärt, und die Lieferung gefordert, welche Beklagter verweigert, theils weil kein reelles Lieferungsgeschäft, sondern ein unklagbares Differenzgeschäft zwischen ihnen geschlossen worden, da niemals eine reelle Lieferung bezweckt worden, auch Kläger nicht hinlängliches Vermögen besitze, um 25 Creditaktien kaufen zu können; jedenfalls hätte Kläger schon am 15. Juli die Lieferung fordern und den Kaufpreis anbieten und leisten müssen, widrigenfalls sein Anspruch erloschen sei.

Das Wiener Handelsgericht erkannte unterm 24. November 1856 dem Klageantrag gemäß auf Ableistung des vom Kläger über den Abschluß des fraglichen Lieferungsgeschäfts zugeschobenen Eides. Durch die Börsenordnung vom 11. Juli 1854 — sagen die Motive — sind Lieferungsgeschäfte in Credit- und Industriepapieren als gesetzlich zulässig erklärt, und werden darunter jene verstanden, wo die Uebergabe der verkauften Papiere einem künftigen Termin vorbehalten wird. Mit Rücksicht hierauf erscheint auch hier eingeklagtes Lieferungsgeschäft vollkommen rechtsgiltig, da in demselben sowohl das Kaufobjekt, als auch der Preis und Uebergabetermin genau festgesetzt sind; der Beklagte mußte daher für den Fall, daß Kläger den Abschluß des Geschäfts durch den dem Beklagten deferirten Haupteid zu erweisen vermag, zur Erfüllung desselben angehalten werden. Die Einwendung, daß die ganze Angelegenheit ein bloßer Scherz war, verdient keine Beachtung, weil keine solche den Geschäftsabschluß begleitende Umstände angeführt werden, welche die Sache als Scherz erscheinen ließen. Ebensowenig kann die Einwendung berücksichtigt werden, daß ein Differenzgeschäft, eine bloße Wette,, zu Grunde gelegen habe, weil man unter dem Ausdruck „liefern" dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach die wirkliche Uebergabe des verkauften Gegenstandes versteht, und es an der Natur der Sache nichts ändert, wenn sich die Parteien bei der Ordnung des Lieferungsgeschäfts mit der Bezahlung der Preisdifferenz begnügen. Von keinem Belang endlich ist die dritte Einwendung, daß Beklagter zur Erfül-

lung des Uebereinkommens nicht verbunden sei, weil diese am 15. Juli 1856 nicht gefordert worden; denn wenn die Börsenordnung den auf der Börse unter Vermittelung eines Sensalen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften die Begünstigung einräumt, daß jener Theil, welcher den Vertrag zu erfüllen bereit ist, davon abstehen kann, sofern der andere seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so muß für alle übrigen, nicht auf der Börse abgeschlossenen Lieferungsverträge der §. 919 des A. B. G. B's als die Regel Anwendung finden, und ist dem Beklagten daher nicht gestattet, einseitig vom Vertrage abzugehen.

Das Oberlandsgericht zu Wien wies unterm 3. März 1857 den Kläger unbedingt ab, weil derselbe seine Bereitwilligkeit und sein Vermögen zur Erlegung des Kaufpreises nicht dargethan habe, wozu Deponirung oder anderweitige Sicherstellung desselben erforderlich gewesen wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte am 10. Juli 1857 das erste Urtheil aus folgenden Gründen:

Das vom Kläger behauptete Uebereinkommen bildet einen Kaufvertrag, welchen Beklagter nach A. B. G. B. §. 919 zu erfüllen hat, falls die Uebereinkunft erwiesen wird. Ob Kläger die nöthigen Zahlungsmittel zur Entrichtung des Kaufpreises besitze, oder diese Mittel sich irgendwo auf rechtliche Art verschaffen werde oder nicht, hat das Gericht nicht zu beurtheilen, noch weniger darauf zu dringen, daß Kläger seine Bereitwilligkeit thatsächlich durch Deponirung oder anderweitige Sicherstellung des Kaufpreises auszuweisen habe. Der Beklagte ist für jeden Fall gesichert, weil er blos verpflichtet wird, die Creditaktien dem Kläger nur gegen Erlegung des Kaufpreises abzuliefern. Die übrigen Einwendungen gegen den Kaufvertrag sind von der ersten Instanz genügend widerlegt. Uebrigens findet §. 14 des Börsenpatents hier keine Anwendung, da der fragliche Kauf nicht an der Börse geschlossen ist.

(Allg. Oester. Gerichtsz. 1857 Nr. 80 u. 119).

## 26.

### Lieferungsgeschäft „fix" zu empfangen. Klage auf die Differenz, ungeachtet keine Oblation am Stichtage erfolgt ist. Erheblichkeit der Abnahmeweigerung vor dem Stichtage.

Zweite Kammer des Hamburgischen Handelsgerichts. Audienz vom 10. März 1858. Präses: Herr Dr. Versmann; Richter: die Herrn Lutteroth und Tietgens.

Israel Joseph (Anwalt: Dr. Brandis) contra Bernhard Hopf (Anwalt Dr. D. Hertz).

Bernhard Hopf kaufte am 30. September 1857 von Israel Joseph Pr.Crt. Thlr. 3000 Interimscheine der Allgemeinen Deutschen Credit-Anstalt zu Leipzig à 75 1/2 pCt., Cours 150 pCt., am 30. November v. J. fix zu empfangen. Als gegen ultimo November der Cours auf 61 á 62 pCt. gefallen war, erklärte, nach des Klägers Behauptung, der Beklagte, nicht empfangen zu können. Hierauf machte Joseph dem Beklagten den Vorschlag, zur Regulirung des Geschäfts dieselben Stücke zu 65 pCt. ultimo November von ihm, dem Beklagten, zu empfangen, wenn die hiernach entstehende Differenz von Bco. Mrk. 630 am 30. November an den Kläger abgeschrieben und ein neues Geschäft über Pr.Crt. Thlr. 3000 Leipziger Credit zu 65 1/4 pCt. ultimo December fix zu liefern abgeschlossen würde. Hopf aber unterschrieb weder die ihm mitgetheilte Nota, noch schrieb er am 30. November die Bco. Mrk. 630 ab, so daß also das erste Geschäft nicht regulirt wurde, und beansprucht Israel Joseph daher jetzt die Differenz, welche ihm nach dem Tagescourse vom 30. November, der 64 pCt. betrug, zukommt, zum Betrage von Bco. Mrk. 690 sammt Zinsen und Kosten.

Bernhardt Hopf bemerkt, daß es auf die Zwischenverhandlungen, in welchen das erste Geschäft regulirt werden sollte, da dieselben ein Resultat nicht herbeiführt, gar nicht ankomme, sondern daß man sich lediglich an die Schlußnote und Differenzrechnung zu halten habe. Zur Justification der Klage sei es nöthig, daß in derselben behauptet werde, Joseph habe ultimo November, also am Lieferungstage, die fraglichen Scheine angeboten, dieser dann aber dieselben zurückgewiesen. Eine derartige Behauptung habe der Kläger nicht aufgestellt und könne er auch nicht aufstellen, denn in Wahrheit sei gar nicht am Lieferungstage angeboten worden. Der Kläger sage freilich, Hopf habe gegen Ende November v. J. erklärt, er könne die Scheine ultimo November nicht empfangen, indeß werde einmal bestritten, daß Hopf überall eine so lautende Erklärung gemacht, dann aber auch bestimmt behauptet, daß selbst, wenn er sie gemacht habe, dieselbe doch ganz irrelevant sei. Denn eine Erklärung vor dem eigentlichen Lieferungstage, könne niemals die Wirkung haben, daß der Verkäufer nun seiner Pflicht, dem Käufer am Lieferungstage die Scheine zum Empfange anzubieten, überhoben sei. Joseph hätte sie vielmehr ultimo November anbieten sollen und, wenn Hopf sie alsdann nicht angenommen hätte, aus der Schlußnota klagen sollen. Dazu komme noch, daß Kläger bereits am 17. December v. J. zum Empfang habe citiren lassen, dann aber die Klage liegen geblieben sei und daher die jetzt angestellte Klage auf die

Differenz ganz unstatthaft sei. Beklagter bitte daher, den Kläger unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen.

Joseph acceptirt zuvörderst, daß gegen die Richtigkeit der Schlußnota nichts vorgebracht und dieselbe daher vom Gegner anerkannt sei. Es sei völlig irrig, wenn der Beklagte die Sache so dargestellt habe, als ob es die Absicht der Parteien gewesen sei, die Papiere ultimo November wirklich respective zu liefern und zu empfangen. Daran werde bei derartigen Geschäften niemals gedacht, sondern nur daran, daß am Lieferungstage die Differenz regulirt werden solle. Nach Aufhebung der fruchtlos gehaltenen Zwischenverhandlungen, nach nicht erfolgter Annahme der als Anl. 2 und 3 producirten Differenzrechnung und neuen Schlußnota von Seiten des Beklagten, sei also wiederum res integra und daher die Klage, wie sie angestellt worden, gerechtfertigt. Eine reelle Oblation sei nicht nöthig gewesen, eventuell bleibe man dabei, daß Beklagter unbedingt erklärt habe, nicht empfangen zu können.

Hopf bestreitet die Grundsätze, welche der Kläger über Fondsgeschäfte aufgestellt habe. Niemand denke daran, mit einer solchen Schlußnota ein Differenzgeschäft zu machen, namentlich da in derselben stipulirt sei, „fix" zu empfangen. Es sei auch bereits früher, in Sachen Derenberg contra Lagergren in diesem Sinne erkannt worden, und wenn also Joseph am 30. November nicht geliefert habe, so könne von einer Differenz, die durch die nicht geschehene Zahlung entstanden sei, keine Rede sein.

Die zweite Kammer des Handelsgerichts erkannte hierauf:

da der Kläger allerdings nicht behauptet, die verkauften 3000 Thlr. Interimsscheine der Allgemeinen Deutschen Credit-Anstalt zu Leipzig dem Beklagten am Lieferungstage offerirt zu haben,

dies aber im vorliegenden Fall auch nicht erforderlich war, wenn der Beklagte wirklich — wie der Kläger behauptet — ihm einige Tage vor ultimo November v. J. erklärt hat, daß er nicht empfangen könne und Kläger demselben in Folge der darauf stattgehabten Verhandlungen die Anlagen 2 und 3 zugestellt hat,

indem der Beklagte, wenn er weder diese Regulirung als die verabredete anerkennen, noch auch die Differenz nach dem Tagescours vergüten, sondern nun dennoch wiederum empfangen wollte, den Kläger zum Mindesten rechtzeitig hievon in Kenntniß setzen mußte,

daß der Kläger den Beweis seiner Behauptung,

daß der Beklagte ihm gegen ultimo November erklärt habe, die fraglichen Papiere nicht empfangen zu können und daß er dem Beklagten darauf die Anlagen 2 und 3 zugestellt habe,

dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich — innerhalb

8 Tage bei Verlust der Beweisführung anzutreten schuldig sei.

(Gerichtszeit. Nr. 495).

## 27.

### Lieferungsvertrag über Papiere, die einen Börsencours haben. Lieferung und Abnahme oder Zahlung der Differenz nach dem Stichtage *).

Der Kaufmann F. in Danzig verkaufte mittelst dreier Schlußscheine vom 11. März, 20. März und 13. September 1854 der Handlung F. und W. L. daselbst im Ganzen 8000 Rthlr. Steele-Vohwinkler Eisenbahnaktien zu dem Course von 25 Rthlrn. und resp. 29½ Rthlrn. und vier Prozent Zinsen pro anno vom Nominalwerthe, nach seiner Wahl bis Ende Dezember 1855 gegen Bezahlung täglich zu liefern. Mehrfacher Aufforderungen im Laufe des Jahres 1855 ungeachtet erfolgte die Lieferung der Aktien nicht. Die gedachte Handlung wurde deshalb gegen ihn auf Lieferung der Aktien nebst vier Prozent Zinsen vom Nominalwerthe klagbar. — Der Verklagte wendete ein, daß er dadurch, daß er am Stichtage, dem letzten Dezember 1855, die Aktien nicht geliefert, seinen Rücktritt vom Vertrage zu erkennen gegeben habe; er erklärte in der Klagebeantwortung seinen Rücktritt nochmals ausdrücklich, hielt bei dem vorliegenden Zeitkaufgeschäft über Eisenbahnaktien sich nur für verpflichtet, die Differenz der in den Scheinen verabredeten Course mit denen am Stichtage zu zahlen und beantragte, da hierauf der Antrag nicht gerichtet sei, Abweisung der Klägerin in der angebrachten Art. — Durch das Erkenntniß beider Instanzen, des Commerz- und Admiralitäts-Collegii in Danzig, und des Appellationsgerichts in Marienwerder, wurde jedoch der Beklagte nach dem Klageantrage verurtheilt.

Das Obertribunal hat in der Sitzung vom 19. März 1858 auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten das Appellationsurtheil vernichtet, und, unter Abänderung des ersten Urtheils, die Klägerin abgewiesen, aus folgenden Gründen:

Implorant macht dem Appellations-Richter eine Verletzung des aus der Natur der Geschäfte der vorliegenden Art sowie be-

*) Vgl. Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle Bd. 10. S. 348. Bd. 13. S. 243. Bd. 14. S. 120.

ziehungsweise aus den §§. 285 ff. 360 369 ff. I. 5 des Allgemeinen Landrechts abgeleiteten Rechtsgrundsatzes zum Vorwurfe:

daß bei Zeitkäufen über coursirende öffentliche Papiere, die einen Börsencours haben, namentlich über Eisenbahnaktien und Staatspapiere, das Recht der Kontrahenten, die Erfüllung aus dem an sich klagbaren Vertrage durch Lieferung und Abnahme der Papiere gegen Zahlung des festgesetzten Preises oder Erlegung der Differenzsumme zwischen dem letzteren und dem Tagescourse der Papiere zu fordern, sich in der Ausübung auf den verabredeten Erfüllungstag beschränkt, und daß, wenn an diesem Tage die Erfüllung in der gedachten Art von dem einen oder dem andern Kontrahenten nicht geleistet, in Folge dessen aber von dem andern Theile aus der Verweigerung der Erfüllung geklagt wird, nicht mehr der Anspruch auf Lieferung und Abnahme der Papiere gegen Zahlung des bedungenen Preises, sondern vielmehr nur noch der Anspruch auf Entschädigung aus der Nichterfüllung, bestehend in der Zahlung der Differenzsumme zwischen dem festgesetzten Kaufpreise der Papiere und dem Course derselben an dem verabredeten Erfüllungstage, zulässig erscheint. — Entscheidungen Bd. 15. S. 460. —

Er legt dem vorigen Richter zugleich einen Verstoß wider die erwähnten Vorschriften zur Last, und diese Rüge ist denn auch in der That für begründet zu erachten.

In dem angefochtenen Urtheil sind im wesentlichen folgende Argumente wider die Richtigkeit und resp. die Anwendbarkeit des obigen Rechtsgrundsatzes geltend gemacht. Verträge müßten nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden. Dieser sei hier unzweideutig auf Lieferung der Aktien gerichtet und, die eigene Mora des Verklagten, als des Verpflichteten, könne demselben nicht zum Vortheile gereichen. Allerdings möge dem Käufer die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit oft so wichtig sein, daß ihm eine spätere Leistung Nichts nütze, und es möge in solchen Fällen angemessen erscheinen, anstatt der Erfüllungsklage sofort die Entschädigungsklage zuzulassen. Doch frage es sich hier keinesweges, ob dem Kläger ein Wahlrecht zustehe, sondern vielmehr, ob er blos die Differenzklage habe anstellen dürfen.

Die über marktgängige, Preis-Schwankungen unterworfene Waaren geschlossenen Geschäfte wären entweder Realisirungs- oder Spekulationsgeschäfte. Bei den ersteren sei es den Kontrahenten um die Waare selbst zu thun, und es müsse in jedem einzelnen Falle nach dem Vertrage beurtheilt werden, ob ein Geschäft der einen oder der anderen Art vorliege.

Die Schlußscheine, aus denen hier geklagt worden, besagten keineswegs, daß die Parteien Spekulationsgeschäfte beabsichtigt hätten. Man würde daher, wenn man ihnen eine den Worten der Verträge nicht entsprechende Willensmeinung unterlegen wollte, diese Verträge für simulirt erachten müssen, und eine solche Annahme lasse sich weder durch die Gesetze noch durch Handlungs-

ufanzen rechtfertigen, namentlich aber sei weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß in Danzig unter Kaufleuten geschlossene Lieferungsverträge nur verkleidete Differenzgeschäfte wären. Wollte man annehmen, daß Lieferungsgeschäfte nach dem Willen des Lieferanten beliebig in Spekulationsgeschäfte umgesetzt werden könnten, so würden beide Arten von Geschäften sich nicht mehr unterscheiden lassen, oder man müßte noch eine besondere Erklärung verlangen, daß die Worte diesmal anders, als sie niedergeschrieben worden, verstanden werden sollten, und wenn nun auch nach dem Ablaufe des Stichtages die Erfüllung an diesem Tage nicht mehr stattfinden könne, so werde doch dadurch die Lieferung selbst nicht unmöglich gemacht. Ein strenges Festhalten an dem obigen Grundsatze würde dahin führen, daß überhaupt kein Vertrag mehr erfüllt zu werden brauchte, indem eine Veränderung der Eigenschaften der Sache, worüber kontrahirt worden, sich bei jeder verspäteten Erfüllung herausstellen dürfte, und zugleich lasse sich auch der Grund, daß die Marktgängigkeit der Waare den Käufer sichere, nicht für durchgreifend erachten, da nicht abzusehen sei, weshalb der Käufer, der sich vielleicht nicht einmal im Besitze der Differenzsumme befinde, verpflichtet sein sollte, sie für den Verkäufer vorzuschießen, während überdies nicht einmal feststehe, daß an der Danziger Börse im täglichen Verkehre Steele-Vohwinkler Aktien zu haben wären.

Ebensowenig Gewicht sei aber auf den ferneren Grund, daß die später noch geforderte Erfüllung ein unstatthaftes Fortspekuliren des eines Theils zum Nachtheile des anderen enthalte, zu legen. Denn sei der Käufer etwa zur Abnahme nicht verbunden, so könne dies nur in der ungeeigneten Fassung des Vertrages seinen Grund haben, und wenn er dieselbe verzögere, so befinde sich der Verkäufer ebenfalls in der Lage, wider ihn fortspekuliren zu können.

Die Mora ziehe allerdings bei jedem Geschäfte nachtheilige Folgen nach sich, und diese könnten sich bei Lieferungsgeschäften für den Säumigen in etwas härterer Art äussern. Doch könne dies nicht dahin führen, dem Verzuge in Fällen der vorliegenden Art eine besondere Wirkung beizulegen, sondern es sei vielmehr die Sache des Schuldners, jene Folgen durch pünktliche Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten von sich abzuwenden.

Die vorstehende Ausführung verfehlt jedoch ihren Zweck. Denn wenn Verträge, wie allerdings der §. 230 I. 5. des Allg. Landrechts verordnet, in der Regel ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden müssen, und bei Zeitgeschäften der vorliegenden Art der Lieferungs- und resp. Abnahmetermin ein wesentliches Moment des geschlossenen Vertrages bildet; so folgt hieraus gerade, daß nach Ablauf jenes Termins von der wirklichen Abnahme oder

Lieferung der Papiere, worüber kontrahirt worden, nicht mehr die Rede sein kann, und es ändert hierin Nichts, wenn auch der Vertrag, wie hier, dahin lautet, daß die betreffenden Papiere geliefert werden sollten, sofern nur diese Lieferung an eine gewisse Frist gebunden war.

Die in solcher Weise getroffene Vereinbarung machte die vorliegenden Verträge, ohne daß es deshalb noch einer besonderen ausdrücklichen Erklärung bedurfte, an sich schon zu Spekulationsgeschäften, und es steht in keiner Weise mit den Worten derselben im Widerspruche, sondern es muß ihnen vielmehr, ohne daß man deshalb genöthigt ist, ihnen einen anderen Sinn unterzulegen oder zu der Voraussetzung einer Simulation seine Zuflucht zu nehmen, für völlig entsprechend erachtet werden, wenn die Klage auf Lieferung oder Abnahme der Papiere aus den gedachten Verträgen nach Ablauf des vereinbarten Termins oder der bedungenen Frist nicht mehr zulässig erachtet wird.

Darauf, daß es dem Verkäufer bei dergleichen Geschäften auch späterhin immer noch möglich bleiben mag, die Papiere dem Käufer wirklich zu gewähren, kann kein Gewicht gelegt werden, weil die nach dem Ablaufe des Termins vorhandene Unmöglichkeit, sie an demselben zu liefern, bei der Bedeutung, die der diesfälligen Festsetzung als einem wesentlichen Bestandtheile des Vertrages zuzuschreiben ist, für entscheidend erachtet werden muß, und es kann nur auf einem Mißverständnisse des obigen Rechtsgrundsatzes beruhen, wenn der vorige Richter annimmt, daß danach überhaupt kein Vertrag mehr würde erfüllt zu werden brauchen. Denn die über Papiere der vorliegenden Art namentlich von Kaufleuten geschlossenen Zeitgeschäfte sind ihrer Natur nach von Verträgen über individuell bestimmte Sachen, deren Werth oder Preis nicht beständigen Schwankungen unterworfen bleibt, wesentlich verschieden, und es ist übrigens immer noch als eine Erfüllung solcher Zeitgeschäfte zu betrachten, wenn dem einen oder dem anderen Theile nach dem Eintritte des Stichtages die Coursdifferenz gewährt wird, indem die Tendenz dieser Verträge als dahin gehend angesehen werden muß, daß jene Differenz, mit der möglicherweise eine dem Käufer oder Verkäufer auch noch anderweit zu leistende Entschädigung verbunden sein kann, nach dem Ablaufe der Frist oder des Termins an die Stelle der Lieferung und der Abnahme tritt.

Die Bemerkung des Appellations-Richters, daß nicht feststehe, ob an der Danziger Börse im täglichen Verkehre Steele-Vohwinkler Aktien zu haben seien, verdient schon deßhalb keine Berücksichtigung, weil umgekehrt hätte feststehen müssen, daß Klä-

gerin am Stichtage dergleichen Papiere nicht anderweit erlangen konnte, wenn der vorige Richter berechtigt sein sollte, hieraus irgend eine dem Verklagten nachtheilige Folgerung zu ziehen, und es kann überdies nicht einmal wesentlich darauf ankommen, ob dergleichen Aktien zur entscheidenden Zeit in Danzig zu haben waren. Denn da es sich nach Ablauf der Lieferungsfrist der Natur der geschlossenen Verträge gemäß nur noch um die Differenz und beziehungsweise die nach Umständen dem Kläger etwa sonst noch zu leistende Vergütigung handeln konnte, so würde es jedenfalls unerheblich sein, wenn die Klägerin nicht im Stande gewesen wäre, sich die Aktien zur gedachten Zeit anderweit in Danzig zu verschaffen, und es würde daraus noch immer nicht der Mangel eines jeden Maaßstabes zur Berechnung jener Differenz zu folgern sein. Hätte sich aber Klägerin, was nicht behauptet worden, etwa dadurch, daß ihr die Aktien von dem Verklagten nicht geliefert wurden, außer Stand gesetzt gesehen, ihrerseits von ihr selbst gegen Andere eingegangene Lieferungsverbindlichkeiten zu erfüllen; so würde dies immer nur einen Anspruch auf eine ihr deshalb noch zu leistende besondere Entschädigung haben begründen können.

Einen Vorschuß braucht der Käufer ferner keinenfalls zu leisten, wenn es ihm nicht um den Besitz der gekauften Papiere zu thun ist, und hat er sie aus irgend einem Grunde wirklich anderweit ankaufen müssen, so kann eben nur von einem ihm deshalb zu leistenden Ersatze die Rede sein.

Endlich aber ist das Argument des vorigen Richters, daß nicht nur der Käufer, wenn die Lieferung an dem bestimmten Termin oder innerhalb der festgesetzten Frist unterblieben ist, sondern auch der Verkäufer, wenn jener die Abnahme verzögert hat, auf den wechselnden Cours fortspekuliren könne, gleichfalls nicht für haltbar zu erachten. Denn die in der Entscheidung vom 27. Oktober 1847 aus dem Charakter der Zeitgeschäfte über Papiere der vorliegenden Art und aus der Natur ihres Gegenstandes sowie resp. der darauf beruhenden Rechte und Verbindlichkeiten konsequent abgeleitete Unzulässigkeit des Fortspekulirens ohne weitere Grenzen nach verstrichener Frist oder abgelaufenem Termine gilt eben so gut von dem Verkäufer wie von dem Käufer, und es beruht mithin auf einer unrichtigen Voraussetzung, wenn der Appellations-Richter die Fortspekulation des Käufers für statthaft erklärt, weil auch der Verkäufer, dem doch eine solche Befugniß ebensowenig zugestanden werden kann, fortspekuliren dürfe.

Der als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz, dessen Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nach den Feststellungen des vorigen Richters zugleich keinem Bedenken unterliegt, kann sonach nicht für widerlegt erachtet, sondern es mußte vielmehr das ange-

fochtene Urtheil wegen Verletzung desselben und beziehungsweise der erwähnten Gesetze vernichtet werden. — In der Hauptsache aber erscheint aus obigem Grunde die Abweisung der Klägerin mit der erhobenen Klage unter Abänderung des ersten Erkenntnisses gerechtfertigt.

Zwar hat Klägerin sich in zweiter Instanz auf das Zeugniß der technischen Mitglieder des Kommerz- und Admiralitätsgerichts zu Danzig darüber berufen, daß

1. courshabende Papiere an der dasigen Börse nicht jeden Augenblick zu beschaffen seien, und daß
2. die dortigen Kaufleute sich nur ausnahmsweise auf Differenzgeschäfte einließen, daß dies aber auch, wenn es geschehe, allemal aus den Schlußzetteln ersichtlich sei.

Doch war hierauf nicht einzugehen. Denn abgesehen davon, daß die Vernehmung der Mitglieder des Gerichtshofes, welcher in erster Instanz erkannt hat, als Zeugen oder resp. Sachverständige in demselben Prozesse unzulässig erscheint, kann es auch, wie bereits erwähnt worden, einerseits nicht wesentlich darauf ankommen, ob namentlich Steele-Vohwinkler Aktien an jedem Tage in Danzig zu haben waren, und es müssen andererseits die von den Parteien geschlossenen Verträge gerade nach dem Inhalte der beigebrachten Schlußscheine als wirkliche Differenzgeschäfte betrachtet werden, indem hiernach Verklagter die Papiere nach seiner Wahl im Laufe des Jahres 1854 zu liefern hatte, und dies den Verträgen noch entschiedener den Charakter von Differenzgeschäften aufdrückt, als wenn ein bestimmter Lieferungstag vereinbart worden wäre.

(Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle Bd. 24. S. 134—142.)

## 28.

### Strafbarkeit der Differenzgeschäfte nach Französischem Recht*). Lieferungsgeschäfte. Report. Vermittelung durch einen Wechselagenten.

Ueber die Strafbarkeit der Differenzgeschäfte hat der Französische Cassationshof, welcher bis dahin nur wiederholt die Rich-

*) Code pénal art. 421. Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics seront punis des peines portées par l'art. 419.

Art. 422. Sera reputée pari de ce genre, toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

tigkeit derselben ausgesprochen, sich zum erstenmal durch das Urtheil vom 9. Mai 1857 auf die Cassationsbeschwerde der in zweiter Instanz verurtheilten Perris und Lacaze erklärt. Wegen der Wichtigkeit der einschlägigen Rechtsfrage erscheint es zweckmäßig, den Bericht des Referenten und das Urtheil vollständig mitzutheilen.

Der Berichterstatter, Cassationsrath Bresson, führte aus:

Die dauernde Geltung der alten Staatsrathsbeschlüsse in Betreff der Zeitgeschäfte vom 7. August, 12. October 1785 und vom 22. September 1786 erscheint zur Zeit festgestellt. Sie wollten den Besitz der Papiere im Augenblicke der Vertragsschließung, oder Deponirung derselben vor der Lieferung, oder doch mindestens den Beweis des freien Eigenthums. Alle Verträge, welche diesen Bedingungen nicht entsprachen, wurden als Spiele behandelt.

Die Gesetze vom 13. fructidor des Jahres 3, vom 28. vendemiaire des Jahres 4, und der Beschluß des 2. ventôse von demselben Jahre, noch ganz bezeichnet von dem Geist der bewegtesten Zeiten unserer Revolution, überbieten sogar diese Strenge. Die beiden ersten verpönen durchaus jeden Zeitkauf (marché à terme) über öffentliche Effekten und Waaren, ohne auch nur die Bedingung des gegenwärtigen Besitzes oder vorgängige Deponirung der Urkunden zuzulassen.

Das Gesetz vom 28. ventôse des Jahres 9 über die Errichtung der Handelsbörse, und der Beschluß vom 26. prairial des Jahres 10, welcher zu dessen Ausführung erging, schwiegen über den Zeitkauf. Der Beschluß selbst, dessen art. 13 von den Effekten und Fonds spricht, welche stets in die Hände des verkaufenden oder kaufenden Wechselagenten übergeben werden müssen, scheint nur Baarkäufe (marchés au comptant) vorzusehen.

Unter der Herrschaft dieser Gesetze, und nach der Veröffentlichung des art. 90 des Code de commerce und der art. 421. 422 des Code pénal, erschien jedoch der Zeitkauf über Waaren und öffentliche Effekten wiederum in der Praxis, zurückgeführt durch die üblichen und wahren Bedürfnisse des Handels und die nicht weniger gebieterischen des öffentlichen Credits.

In der berühmten Sache Forbin-Janson, da es galt wirkliche Börsenspiele, welche die Form von Zeitkäufen angenommen hatten, zu brandmarken, stellte der Cassationshof durch Urtheil vom 11. August 1824 (S. V. 24. I. 409) die Geltung der Staatsrathsbeschlüsse von 1785 u. 1786 wieder her. Er erachtete dieselben nicht für unvereinbar mit den art. 421. 422 des Code pénal. Die damals aufgestellte und noch heute geltende Theorie ist die, daß zu den Zeichen, an denen sich am häufigsten Börsenspiele und fingirte Zeitkäufe erkennen lassen, namentlich der Nichtbesitz oder die unterlassene vorgängige Deponirung der verkauften Papiere gehört.

Eine größere Ausdehnung diesem Beschlusse geben, allgemein behaupten, daß die Staatsrathsbeschlüsse von 1785 u. 1786 noch in voller Geltung seien, daß sie durch den art. 422 des Code pénal gar keine Aenderung erfahren, hieße einen Weg einschlagen, den der Cassationshof selbst nicht hat betreten wollen, der festesten Praxis, den öffentlichen und täglichen Gewohnheiten der Börse und des Handels, den Bedürfnissen des öffentlichen Credits widerstreiten. Der Zeitkauf geht hier in der That am hellen Tage ohne gegenwärtigen Besitz oder vorgängige Deponirung der Papiere vor sich. Der Verkäufer hat nur zu beweisen, daß dieselbe zur Zeit der Vertragsschließung zu seiner Disposition standen, oder zur Zeit der Lieferung hätten stehen sollen. Mehr fordert das Strafgesetz, art. 422, nicht. Unter dieser Bedingung kann allerdings der Zeitkauf ernst und wahr werden, wenn er auf bestehende Gegenstände, nicht auf die Fiktion und das Nichts gerichtet ist. Was ist in der That unter der Herrschaft des allgemeinen und gemeinen Rechts gewöhnlicher als der Verkauf von Sachen, welche man zwar noch nicht besitzt, sich aber später verschaffen soll und erst zur Zeit der Lieferung haben wird? Die nützlichsten und fruchtbarsten Handelsspekulationen betreffen in der Regel solche Dinge. Wozu sollte eine Ausnahmevorschrift die öffentlichen Effekten hievon ausschließen, einen wesentlich kaufmännischen Werth, die Nahrung des öffentlichen Handels der an der Börse stattfindet, über dessen Operationen man ein Parquet, öffentliche Beamte, verpflichtete Zwischenhändler gesetzt hat?

Die neuesten Urtheile des Cassationshofes haben das auch principiell ausgesprochen. Ueberall, wo der Handel aufrichtig und ernst ist, wo er auf existirende und wirkliche Papiere geht, wo auf der einen Seite die Absicht und Möglichkeit zu liefern, auf der andern die Absicht und die Möglichkeit abzunehmen vorhanden ist, mögen die Papiere bereits im Augenblick des Vertragsschlusses in den Händen des Verkäufers sein, oder erst später in dieselbe gelangen, verdient der Zeitkauf vollkommen den Schutz des Gesetzes und ist durchaus wirksam. Dies hat wohl zuerst die chambre des requêtes in ihrem Urtheil v. 30. November 1842 ausgesprochen:

> In Erwägung, daß, wenn der Zeitkauf über öffentliche Effekten an der Börse ein durch die Beschlüsse des Staatsraths, des Code pénal, die Königlichen Ordonnancen und die Jurisprudenz verbotenes Börsenspiel und Wette darstellt, er nichtsdestoweniger diesen Charakter nicht zu haben braucht, vielmehr nach den Umständen eine ernstliche und redliche Operation darstellen kann.

Noch klarer hat dieselbe Kammer des Cassationshofes dies in dem Urtheil vom 1. April 1856 formulirt:

„In Erwägung, daß im Princip die Zeitkäufe über öffentliche Effekten oder Waaren gültig sind, sofern sie wirklich und ernst sind; daß das Gesetz nur diejenigen verbietet, welche dazu dienen, solche Operationen zu verschleiern, die sich nothwendig kraft des ursprünglichen Willens der Partei in Differenzen auflösen sollen, und darum als Spiele erscheinen".

Dies ist auch gegenwärtig die Lehre der meisten Commentatoren: Troplong des contrats aléatoires art. 1965. 1966. no. 97 ff. Mollot des bourses de com. no. 450 ff. Frémery études cap. 45. Vincens législat. comm. liv. 6. c. 5. etc.

Daneben hat der Cassationskläger sich auf die Theorie des Reports berufen. Man muß jedoch zwei Arten des Reports unterscheiden.

Die eine ist einfach und vollkommen gesetzlich. Sie bietet sich dem Capitalisten dar, der für eine meist kurze Zeit ein disponibles Capital nützlich anlegen will. Er kauft für den Betrag dieses Capitals Rente oder Industriepapiere; gegen die Papiere, welche er empfängt, gibt er sein Geld. Dann verkauft er dieselben Papiere auf Lieferung in den nächsten 14 Tagen (à la quinzaine suivante) oder Ende des Monats (fin du mois). Er macht sich bezahlt durch eine mäßige Vorwegnahme der Zinsen bis zum Termin und der Verbesserung des Papieres, welches an Güte zunimmt, je mehr es dem Ablauf des Halbjahres oder der Verfallzeit der Dividende sich nähert. Wird der Wiederkauf vollzogen, zahlt der neue Käufer, der zuerst Verkäufer war, oder ein anderer an seiner Stelle, den Preis und nimmt die Papiere ab, so erhält der Capitalist seinerseits das geliehene Capital zurück. Diese Operation die in den ersten vierzehn Tagen (à la première quinzaine) oder zu Ende des ersten Monats (à la fin du premier mois) stattfinden konnte, kann auf die ersten vierzehn Tage oder das Ende des nächsten Monats (à la quinzaine ou fin du mois suivant) reportirt werden, u. s. w. Sie bleibt nichts destoweniger wahr und wirklich. Sie geht auf bestehende, gewisse, gekannte Werthe. Der Report realisirt ein wirkliches Darlehen auf Pfand. —

Gibt es nun nicht aber auch eine zweite Operation, welche gleichfalls Report genannt wird, und täglich vorkommt? Hier ist keine Person, welche Anlegung eines Capitals sucht. Der Spekulant hat hier höchstens eine verhältnißmäßig kleine Summe, z. B. 10000 Frs., zu seiner Disposition. Er ertheilt dem Wechselagenten den Auftrag, für 100,000; 200,000; 300,000 Frs. Effekten, Ende des Monats zu liefern, (livrables fin du mois), zu kaufen. Steigen die Kurse, so wird er, da er zu einem geringeren Preise gekauft hat, leicht durch Realisirung die Mittel finden, sich frei zu machen, oder, wenn er die Papiere nicht abnimmt, eine Differenz gewinnen. Fallen umgekehrt die Kurse, und durch die Entwerthung

erleidet er einen Verlust, so kann er freilich die Papiere nicht abnehmen, weil er kein Capital hat, er hat sie auch niemals abnehmen wollen. Er läßt sie alsdann wieder verkaufen, kauft sie aber zugleich für die nächsten 14 Tage (pour la quinzaine suivante) oder Ende des Monats (fin du mois) wieder zurück. Hier gibt es eine Differenz zu seinen Lasten, welche er entweder bezahlt, oder für die er debitirt wird. Am häufigsten hat er im Voraus, um diese Zahlung zu sichern, und als Deckung, das kleine Capital oder den Werth, über welchen allein er verfügte, hingegeben. Was beim Verfall der ersten 14 Tage oder des ersten Ultimo geschehen ist, wiederholt sich an den folgenden Verfalltagen, und die Liquidation wird jedesmal nur durch Zahlung oder Debitirung der Differenzen bewirkt, ohne daß jemals Lieferung der verkauften Papiere, noch Realisation und Zahlung des Kaufpreises stattfände. Dies ist Spiel. Dies ist, unter dem Scheine eines Reports und einer regelmäßigen Operation, reine Wette auf Steigen und Fallen der öffentlichen Effekten. Allerdings ist dies nicht das Spiel, welches man de la coulisse genannt hat. Denn dort ist Verkauf, Kauf, verkaufte Effekten, Alles fictiv. Die Coulissiers haben lediglich den Kurszettel, und treffen, unter der Form von Zeitkäufen oder Zeitverkäufen, Verabredungen über Steigen und Fallen. Hier dagegen gibt es, mit Hülfe der Wechselagenten, Papiere, welche sie sich verschafft haben oder verschaffen können; hier ist ein wirklicher Gegenstand beim Vertrag vorhanden. Allein was ist schließlich ein Verkäufer, welcher niemals liefern kann oder will, weil er zu keiner Zeit die Papiere in Händen haben wird? Oder ein Käufer, der niemals abnehmen wird? In einem ganz gleichen Fall, wie der vorliegende, hat der Appellhof von Paris durch Urtheil vom 11. März 1851 ein Spiel angenommen und bestraft, indem er den Handel für ungültig erklärte. Durch Urtheil vom 27. Januar 1852 ist die Beschwerde gegen diese Entscheidung verworfen worden. Vor dem Appellhof hat der Generalprocurator in einigen treffenden Worten den Hauptpunkt der Frage zusammengefaßt. Die Aktien, sagte er, waren in den Händen des Wechselagenten L.; also hatte der Vertrag einen Gegenstand? Wenn dieses genügte, so müßten alle Börsenspiele straflos sein. Die Wechselagenten überlassen gerne den Coulissiers die gänzlich fictiven Operationen. Wenn sie einem Clienten das Spiel erleichtern wollen, so bietet ihnen der Report ein bequemeres und sicheres Mittel. Sie verschaffen sich wirklich die Effekten, auf welche das Spiel gehen soll, und welche für sie eine Garantie sind. Erleiden diese Effekten durch das Sinken der Preise eine Entwerthung von 5,10,15 %, so werden entsprechende Differenzen ihnen pünktlich gezahlt, und bewahren dem Pfande seine ganze Sicherheit. Kann oder will der Spieler nicht mehr die Differenzen zahlen, so werden

die Effekten zum Tageskurs verkauft, ohne Verlust für den Wechselagenten, welcher mit den Differenzen die Reports oder Zinsen seines Kapitals eingebracht, und überdies seine Courtage und Provision bezogen hat. —

Der Cassationshof ging bei seiner Verwerfung der Cassationsbeschwerde von folgenden Erwägungen aus:

In Erwägung, daß die Zeitgeschäfte über öffentliche Effekten, wenn sie ernst gemeint sind, wenn sie nur wirkliche Lieferung und Bezahlung der Papiere bezwecken, erlaubt, durch die Praxis geheiligt und durch das Gesetz beschützt sind, mag der Verkäufer die Papiere zur Zeit des Vertragsschlusses besitzen, oder auch erst zur Zeit der Lieferung in deren Besitz kommen; daß dieser Schutz sich jedoch nicht auf Börsenoperationen erstrecken kann, welche, trügerischerweise die Form von Zeitkäufen annehmend, in Wahrheit nur das Spiel und gewagte Spekulationen verdecken;

In Erwägung, daß art. 421 des Code pénal für ein Vergehen und strafbar erklärt die Wetten auf das Steigen und Fallen der öffentlichen Effekten; daß die Bestimmung dieses Artikels allgemein ist, und mit dem Wort Wette (pari) jedes Spiel bezüglich der öffentlichen Effekten umfaßt; daß sie sich auf Käufer und Verkäufer ohne Unterschied erstreckt;

In Erwägung, daß art. 422 die Tragweite der vorstehenden Bestimmungen nicht einschränken soll, indem er nur unter den Fällen, welche die allgemeine Regel umfaßt, einen besonderen Fall hervorhebt, in welchem der Charakter der Wette und des Spiels sich auf unverwerfliche Weise darstellt, nämlich da, wo der Verkäufer von öffentlichen Effekten nicht zu erweisen vermag, daß er zur Zeit der Vertragsschließung, oder auch nur zur Zeit der Lieferung im Besitz der Papiere gewesen sei;

In Erwägung, daß bei jeder Verfolgung verbotener Börsenspiele es dem Richter obliegt, die Handlungen und Thatsachen zu würdigen, und unter der äußeren Formel, welche man denselben etwa aufgeprägt hat, die wirklichen Vorgänge, welche stattgefunden haben, herauszustellen;

In Erwägung, daß durch das angefochtene Urtheil festgestellt ist, daß die beschuldigten Perrié und Lacaze, durch Vermittelung des Wechselagenten Delpech sich in der Zeit vom 15. April bis 16. Juni als Zeitkäufer, später als Verkäufer einer beträchtlichen Menge von Werthen und öffentlichen Effekten aller Art gerirt haben; daß am Schluß der Liquidation, und allein für diese beiden Monate, die Ausführung der sowohl zu Toulouse wie zu Paris ertheilten Aufträge einen Saldo von 26,661 Fr. 25 C. zu ihren Lasten ergab;

In Erwägung, daß das angegriffene Urtheil gleichfalls feststellt, daß die Angeschuldigten niemals die Aktien abgenommen

haben, welche für sie gekauft worden waren, und daß sie dadurch, daß sie sich wiederholt reportiren ließen, sich des Verkaufs zur Liquidationszeit überhoben; daß sie anerkennen, daß sie nicht die Absicht hatten, sich in Besitz der Papiere zu setzen, vielmehr bezweckten, jeden Verfalltag die Coursdifferenzen zu bezahlen; daß also, nach ihrem eigenen Geständniß, ihr Zweck war, auf Differenzen zu speculiren; daß, befragt über die Fonds, mit welchen sie ihre Verpflichtungen hätten erfüllen können, sie weit entfernt waren, hinreichende Mittel anzugeben; daß sie in Wahrheit dem Wechselagenten nur die zur Deckung der Differenzen bestimmte Renteninskription übergeben hatten; daß der Gegenstand ihrer Speculation im Verhältniß zu ihrem Vermögen ihre Operationen als Börsenspiel darstellt;

In Erwägung, daß aus diesen Feststellungen sich ergibt, daß der Name Zeitgeschäft, welcher den Operationen der Angeschuldigten beigelegt wurde, nur ein trügerischer Schein war; daß man auf der einen Seite nur einen Käufer sieht, welcher Lieferung weder nehmen kann noch will, auf der anderen Seite einen Verkäufer, welcher niemals liefern wird, weil ihm kein Preis gezahlt wird; daß der einzige Zweck die Zahlung der Differenzen ist; daß die Speculation einzig auf die guten oder schlechten Chancen, welche sich aus den Coursschwankungen ergeben, geht; und daß dies die Wette oder das Spiel ist, welche das Gesetz ahndet;

In Erwägung, daß vergebens behauptet wird, daß mittelst des Reports und an jedem Verfalltage der Handel effektiv wurde; daß zwar häufig in den Börsenoperationen der Report ein wirksames gesetzmäßiges Mittel ist, um ein Kapital oder Handelspapier nützlich zu verwenden; daß er aber auch ebenso ein thätiges Werkzeug für verbotene Börsenspiele werden kann; daß, indem er dem Reportirten erlaubt, die Realisation beständig hinauszuschieben, er offenbar den kühnen Spekulanten begünstigt, und meistens als das erste Anzeichen einer zweifelhaften Zahlungsfähigkeit erscheint; daß auch der Reporteur, wenn er abnimmt, sogleich die Wirkung der Abnahme durch einen gleichzeitigen Wiederverkauf vernichtet, welcher den Reportirten in der früheren Lage beläßt; daß also der Report, nach den Feststellungen des angegriffenen Urtheils, den Operationen der Angeschuldigten eher den Charakter verbotener Spiele aufgeprägt, als denselben verwischt hat;

In Erwägung, daß das Urtheil gleicherweise die durch Perriè und Lacaze angeführte Thatsache beseitigt hat, daß die Lierung realisirt worden, und demzufolge Besitz der Papiere stattgefunden habe; daß in dieser Beziehung das Urtheil lautet: „daß zu ermitteln ist, ob sie, gemäß der durch Art. 422 ihnen auferlegten Verpflichtung, den Nachweis geführt haben, daß sie im Besitz der verkauften Papiere waren, daß offenbar diese Bedingung im

Augenblick des Vertragsschlusses in Betreff derjenigen Papiere nicht erfüllt worden, welche Gegenstand der Operationen vom 5. und 6. Juni waren, weil diese Verkäufe in blanco (à découvert) waren; daß die Uebergabe der Papiere allerdings stattgefunden hat, allein ungeachtet dessen dem Willen des Gesetzes nicht Genüge geschehen ist, da die Angeschuldigten nicht dargethan haben, daß sie im Augenblick der Lieferung die Disposition über die Effekten im Sinne des Art. 422 des Code pénal hatten; daß zur Zeit des Ankaufs der Aktien das Eigenthum der angeblichen Käufer rein nominell war; daß der Wechselagent, welcher diese Papiere empfing, sie ihnen niemals übergeben hat, daß sie darüber nicht disponiren konnten, weil sie dieselben nur mit Zustimmung des Wechselagenten verkaufen und liefern konnten, welcher mehr als sie darüber verfügen durfte; daß sie sich nicht darauf berufen können, daß dieser letztere eine regelmäßige Operation gemacht hat 2c.;

In Erwägung, daß in diesen Punkten dem angegriffenen Urtheil völlig beizutreten ist; daß daraus, daß der Wechselagent vermöge seiner Verantwortlichkeit und seiner Amtspflicht verbunden ist, die Effekten zu seiner Disposition zu haben, keineswegs folgt, daß sein Besitz sich denen mittheilt, welche, sich seines Namens und seiner Vermittelung bedienend, das Spiel getrieben haben; daß der Wechselagent besitzt, aber um seiner Sicherheit willen; daß er, gewöhnlich im Voraus durch Verpfändung von Papieren oder durch Uebermachung gesichert, auf diejenigen, für welche er handelt, die durch den Verkauf entstandenen Verluste zurückfallen läßt; daß diese daher wirklich niemals die verkauften Papiere besessen haben; daß sie nur den durch die Courschwankungen entstandenen Verlust oder Gewinn an Differenzen tragen, bezüglich erlangen konnten; daß sie daher, indem sie sich auf diesen Erfolg des bloßen Glückzufalls Rechnung machten, wirkliche Spieler sind; daß ihre Operationen, welche nach dem bürgerlichen Gesetz unerlaubt und nichtig sind, überdies als Vergehen nach den Art. 421. 422. des Code pénal bestraft werden, sobald sie sich auf öffentliche Effekten beziehen; daß daher das angegriffene Urtheil diese Artikel nicht verletzt, vielmehr von denselben eine richtige und gesunde Anwendung gemacht hat.

---

Kuntze.

# Litteratur.

I. **Unger.** Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere; eine civilistische Untersuchung. — Leipzig 1857. 8. 176 S.

II. **Bekker.** Die Geldpapiere (in dem Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts herausgegeben v. **Bekker** u. **Muther.** I. S. 266—325).

III. **Kuntze.** Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte dargestellt. — Leipzig 1857. 8. 729 S. —

Fortsetzung des Referats im vorigen Heft S. 177—194.

Die dritte der hier zu besprechenden Schriften, die von **Kuntze**, ist unbedingt die bedeutendste unter allen dreien. Das Buch leistet vollständig, was der Titel verspricht, es enthält wirklich erschöpfend die Lehre von den Inhaberpapieren rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte dargestellt. K. handelt umfassender als B. von allen Arten der I. P., und geht zugleich, darin einläßlicher als U., auf die bedeutenden unter denselben obwaltenden Verschiedenheiten ein; in den Einzelausführungen, an sich viel vollständiger als sie im Plan der U.'schen Schrift gelegen waren, findet sich überall eine sorgfältige Benutzung der Partikularrechte und der Präjudizien; und in einer sehr vollständigen Geschichte des Instituts und der Doctrin über dasselbe hat K. seinem Werke eine sehr werthvolle Beigabe einverleibt. Das Verdienst, ein reiches, wohldurcharbeitetes Material geliefert, mancherlei bisher Zerstreutes unter zusammenfassende Gesichtspunkte gebracht, Vieles angeregt zu haben, muß K.'s Arbeit auch von denjenigen zugestanden werden, welche seine Konstruktionen und Formeln für verfehlt halten und von seiner sehr außergewöhnlichen Darstellungsweise, die übrigens schon aus seinen früheren Schriften bekannt ist, sich eher abgestoßen als angezogen fühlen. Können wir auch

in den Vorwurf K.'s *) nicht einstimmen, daß die Juristen unseres Jahrhunderts die Theorie der J. P. in einer nicht zu rechtfertigenden Weise vernachlässigt hätten, so ist doch richtig, daß er dieselbe in einer bisher noch nicht erreichten Vollständigkeit vorträgt, was eine ausführlichere Mittheilung seiner Ausführungen rechtfertigen wird. Ehe wir uns zu diesem Referat wenden, schicken wir nur noch die eine allgemeine Bemerkung voran, daß K. zwar strenger als B. an die Grundbegriffe des überlieferten, namentlich des römischen Rechts sich anschließt, sich ihnen aber doch nicht so vollständig fügt, wie U. Er will durchaus im Geist und Sinn römischer Rechtsbildungen konstruiren, welche als die bis jetzt vollkommensten rechtswissenschaftlichen Leistungen anzuerkennen und darum von uns als ein Hauptmittel zur Erkenntniß allgemeiner Rechtswahrheiten zu benützen seien, sucht daneben aber auch den germanischen und modernen Rechtsideen gerecht zu werden. Ist somit der Standpunkt, welchen K. einnimmt, nicht gerade ein ihm eigenthümlicher, so sind dagegen die Resultate, zu welchen er gelangt, zum bei weitem größten Theil ganz sein eigen (die Grundgedanken der U.'schen Schrift — abstraktes Forderungsrecht und Novation — hatte er zuerst aufgestellt) und die Neuheit seiner Schöpfungen kann nur durch die außerordentliche Mannigfaltigkeit derselben übertroffen werden.

Außer einer Einleitung, welche Motiv, Erscheinung und die verschiedenartigen Anwendungen der J. P. im Verkehr, sowie ihre Bezeichnungsweise bespricht **), zerfällt das Werk in zwei Bücher, von welchen das erste der Darstellung des Allgemeinen, das zweite der des Besonderen gewidmet ist. Unter jener Rubrik wird in drei Abschnitten gehandelt von der geschichtlichen Entwickelung des J. P.'s ***), von seiner Dogmengeschichte †) und endlich von seinem civilistischen Wesen ††).

Aus den geschichtlichen Mittheilungen des Verf.'s durch welche die Arbeiten Anderer, namentlich Dunker's †††), in manchen Punkten vervollständigt werden, heben wir hervor, daß Griechenland und Rom keine Anknüpfungspunkte für unsere J. P. darbieten. Die athenischen σύμβολα ermächtigten zwar den Inhaber zur Erhebung des Richtersoldes, waren in soweit eine Anweisung a. J. an den Fiskus, aber sie sind eine ganz isolirte Erscheinung publizistischen Ursprungs [1]). Die römischen tesserae und

*) Vorr. S. VI. ff.

**) S. 1—33.

***) S. 33—93.

†) S. 94—260.

††) S. 261—466.

†††) Zeitschrift für deutsches Recht. V. S. 30 ff.

1) S. 38.

missilia — ob die ersteren jeden Inhaber legitimirten, ist übrigens, nach K. jedoch mit Unrecht, bezweifelt, — ebenso die Theaterbillets „sind ohne eigentlichen juristischen Werth, sie gehören in die große Klasse derjenigen Einrichtungen, welche gewöhnliche Erscheinungen im täglichen Verkehr, ungewöhnliche im Gebiete ernster Rechtspflege sind. Es finden sich keine Spuren, daß an sie das Bewußtsein einer civilistischen Besonderheit sich geknüpft halte*)." Dagegen kommen im jüdischen Handelsgebrauch schon sehr frühzeitig I. P. vor, freilich aber so, daß ihre Spuren nur in langen Zwischenräumen und an weit auseinander gelegenen Orten getroffen werden. In dem babylonischen Talmud aus dem 4. Jahrh. n. Ch. wird nämlich entschieden, daß aus einer Urkunde des Inhalts: „Ich NN. habe von Dir (ohne Benennung des Gläubigers), 100 darlehnsweise erhalten" der Vorzeiger mit Erfolg klagen könne. Der spanische Rabbin Ascher im 14. Jahrhundert kennt Schuldscheine schlechthin a. I. und solche welche auf den ursprünglichen Gläubiger „und an jeden Produzenten zahlbar" lauteten. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts bedienten sich die polnischen Juden eines I. P. unter dem Namen Staar-Chov, eine Unterart des s. g. Mamre, in welches weder der Name des Gläubigers noch eine specialis causa debendi aufgenommen war und aus welchem der Inhaber klagberechtigt war, selbst wenn schon einmal darauf bezahlt gewesen wäre ohne Rückgabe des Papiers und Quittung auf demselben. Ein Urtheil des Stadtgerichtes zu Königsberg aus dem Jahre 1754 hatte die rechtliche Wirksamkeit solcher Schuldscheine anerkannt**). Die ältesten bis jetzt bekannt gewordenen Schuldverschreibungen a. I. aus dem Verkehr der christlich europäischen Völker gehören Flandern an, die eine von der Gräfin Margarethe v. Flandern 1276, die andere durch einen (Genter?) Kaufmann 1291 ausgestellt***), und von da an werden nicht mehr unterbrochene Spuren von dem Gebrauch solcher Urkunden in Italien, Frankreich, Holland, Deutschland (England mit seiner isolirten Rechtsentwickelung wird nur in einem Anhang kurz berücksichtigt) nachgewiesen. Sie scheinen hauptsächlich, aber nicht ausschließlich im kaufmännischen Verkehr benutzt worden zu sein, und namentlich in Deutschland beziehen sich die meisten der älteren I. P. aus dem 14. und 15. Jahrhundert auf andere Verhältnisse; sie beurkunden die Verbindlichkeit von Klöstern zu Erfüllung der bei Stiftungen ihnen gemachten Auflagen, und noch mehrere beziehen sich auf Rentenkäufe†). Lange Zeit hindurch

*) S. 40—42.

**) S. 48—54.

***) S. 62.

†) In dem eben ausgegebenen neuesten Heft der Jahrbücher von Ger-

wurde in der Urkunde gewöhnlich der Name des ursprünglichen Gläubigers genannt und nur daneben die Inhaberklausel einfach oder in der Wendung „an den getreuen Inhaber" oder einer ähnlichen hinzugefügt; der häufigere Gebrauch reiner J. P., dessen Anfang mit Sicherheit sich nicht bestimmen läßt, wird frühestens in das 17. Jahrh. gesetzt. Die Nachrichten über J. P. sind übrigens größten Theils den Mittheilungen juristischer Schriftsteller zu verdanken, die Gesetzgebung hat sich erst spät des Gegenstandes bemächtigt. Hervorgehoben wird daraus das bekannte Geldern'sche Landrecht v. J. 1619 mit seinen sehr liberalen Bestimmuugen, während französische Ordonanzen des 17. und 18. Jahrh's den Gebrauch bald untersagten, bald zuließen *). Epoche machend für die Geschichte der J. P. in Deutschland sind die finanziellen Verlegenheiten und Operationen Kursachsens seit dem Ende des 17. Jahrh.'s. Verschiedene Mandate aus der Mitte des vor. Jahrh. beschäftigen sich mit den a. J. lautenden Steuerscheinen, (Anweisungen an die Steuerkasse) welche darin als etwas schon seit längerer Zeit Vorhandenes behandelt werden; definitive Ordnung brachte eine Deklaration von 1763, nach welcher auch den Steuerscheinen zur Erhebung der Zinsen Zinsscheine a. J. beigegeben wurden. Das sächsische Vorbild wirkte bei den nahen nachbarlichen Beziehungen bald nach Preußen hinüber, wo es in den Pfandbriefen zuerst des Kreditinstituts des schlesischen landschaftlichen Systems, dann auch in andern Provinzen Nachahmung fand, und die Gesetzgebung schon seit dem J. 1785 bemüht war, die juristische Seite des Verhältnisses in liberaler Weise festzustellen. Die ältesten österreich. Gesetze, welche der J. P. gedenken, sind aus dem J. 1808, im südwestlichen Deutschland fand das Institut erst im Lauf unseres Jahrh.'s Eingang **). —

Bei seinen dogmengeschichtlichen Mittheilungen scheidet K. die Doctrinen der Aelteren von denen der Neueren. Unter jenen werden die Ansichten der französischen, italienischen und holländischen Juristen des 16. und 17., und die der deutschen aus dem 16. 17. und 18. Jahrh. mit Uebergehung nur weniger, dem Verfasser nicht zugänglich gewesener Schriften,

der und Jhering II. 2. sucht Eigenbrodt (S. 107. flg.) auszuführen, daß die J. P. der letztern Art von den im Handelsverkehr üblichen prinzipiell zu scheiden seien. Nur die letztern könnten als Keim unserer heut. J. P. betrachtet werden, bei den erstern habe die J. Klausel nur die Uebertragbarkeit andeuten, der Nothwendigkeit des Nachweises über eine wirklich geschehene Rechtsnachfolge aber nicht überheben können und sollen.

*) S. 60—79.

**) S. 79—90.

referirt, die aber insgesammt einer höheren Bedeutung entbehren. Man hielt ängstlich an dem überlieferten römischen Recht fest; die Untersuchung dreht sich nur darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der Inhaber sei es als Mandatar, sei es als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers zu präsumiren sei. Merkwürdig ist, daß man in Deutschland insbesondere zu einer freieren Behandlung der J. P. im 17. Jahrh. weit mehr geneigt war als im vorigen, während dessen fast alle Schriftsteller, welche die Materie behandeln, der Inhaberklausel allen Effekt absprechen und trotz derselben von dem Inhaber Nachweis der an ihn geschehenen Cession verlangen *). Bei den Neueren beschränkt sich K. auf die eben so zahlreichen wie mannichfaltigen Theorien deutscher Juristen, welche alle ohne unmittelbaren Zusammenhang mit fremdländischer Rechtswissenschaft entwickelt wurden, und zwar werden hier zunächst die Ansichten aller einzelner Rechtslehrer, meistentheils unter wörtlicher Aufführung der wichtigsten Stellen in chronologischer Reihenfolge referirt **) und dann insgesammt einer zusammenfassenden Kritik unterzogen ***). So sehr wir gerade diesen Theil der K.'schen Arbeit für besonders gelungen erachten, und so gewiß die von ihm gewählte Darstellungsweise einen sichern und unbefangenen Ueberblick über das vorhandene Material wesentlich erleichtert: so können wir doch das Bedauern nicht unterdrücken, daß er statt einer Kritik nicht lieber eine eigentlich dogmengeschichtliche Darstellung gab. Der Grund mag in seinem pessimistischen Standpunkt gelegen sein, nach welchem er in den bisherigen Leistungen wesentlich ein Chaos und Durcheinander der Prinzipien und prinziploser Theorien sieht †), was freilich nur zur Kritik, nicht zur Geschichtschreibung Stoff und Veranlassung geben kann. Die Einzelnheiten der kritischen Bemerkungen von K. zu referiren, würde viel zu weit führen. Nur im Allgemeinen sei bemerkt, daß er drei Hauptrichtungen in der Auffassung der J. P. unterscheidet, eine publizistische, eine merkantilistische (die J. P. als Handelswaare betrachtend), und eine civilistische. Die Einzelkritiken knüpft er aber nicht an diese Gruppen an; vielmehr würdigt er, mehr von seinem eigenen dogmatischen Gesichtspunkt ausgehend, die verschiedenen Meinungen nach den drei Rücksichten, auf welchen Grund die Besonderheiten der J. P. zurückgeführt werden; ob auf Privatwillen oder auf einen modernen Rechtssatz; ferner in welcher Weise der Zusammenhang zwischen dem Papier und dem durch dasselbe repräsentirten Vermögenswerth aufgefaßt; und endlich auf welchen Gedanken der eigenthümliche Transport des Rechts bei J. P. zurückgeführt wird.

*) S. 94—117.

**) S. 117—175.

***) S. 175—260.

†) S. 259.

Zu dem Referat über K.'s eigene Auffassung des civilistischen Wesens der J. P. uns wendend, ist zunächst zu bemerken, daß er s. g. vollkommene, d. h. lediglich auf Inhaber lautende, und s. g. unvollkommene, d. h. auf den ursprünglichen Gläubiger und jeden Inhaber lautende J. P. unterscheidet *), und, von dieser auf der äußern Form der Urkunden beruhenden Unterscheidung abgesehen, ferner noch eine andere Art von J. P. unter dem Namen „qualificirte Legitimationspapiere" oder auch „uneigentliche J. P." aussondert. Diese letztern werden zwar in dem Abschnitt von den unvollkommenen J. P. besprochen, ihr wesentliches Kriterium liegt aber in der Absicht der Partheien, nicht sowohl im Interesse des Nehmers eine möglichst freie Zirkulation, als vielmehr in dem des Gebers eine Erleichterung und Vereinfachung der Zahlung herbeizuführen, und, so wird es im Sinn des Verf.'s für gleichgiltig zu erachten sein, ob diese Legitimationspapiere lediglich auf J. gestellt oder s. g. Namenpapiere mit der Inhaberklausel sind. Die Mehrzahl der von K. für die Legitimationspapiere angeführten Beispiele sind rein auf J. gestellt, also nicht unvollkommene J. P. in dem sonst von ihm diesem Worte beigelegten Sinne **). — Das civilistische Wesen der vollkommenen J. P. ***) glaubt K. durch die folgenden drei Hauptsätze ebenso vollständig als richtig charakterisiren zu können:

I. Die J. P. enthalten zwei verschiedene Grundbestandtheile, ein sachliches und ein obligatorisches Element. Das handschriftliche Papier ist eine (körperliche) Sache im juristischen Sinn dieses Wortes und als solche allen an Sachen Platz greifenden Rechtsverhältnissen zugänglich; die Möglichkeit einer Detention, Possession, Ersitzung, Dereliction, Verpfändung, Vindikation, Retention ist unbedenklich anzunehmen. Das Recht, dessen Träger das Papier ist, aus privatrechtlichen, nicht publizistischen Beziehungen hervorgehend und auf ein praestare gerichtet, ist ein Forderungsrecht und daher hinsichtlich seiner die Möglichkeit derselben Rechtsmetamorphosen gegeben, welche an jeder Obligation sich vollziehen können. (Novation, Cession, Solution u. s. w.) †).

II. Der Gegensatz in den Elementen des J. P.'s wird zur höhern Einheit erhoben durch den Satz: „das Papier ist zum Symbol oder Organ, d. h. zum unmittelbaren Ausdruck und Vehikel der Obligation gestempelt, diese daher die ideelle Substanz, welche jenem inkorporirt, die Seele, welche ihm einverleibt oder eingeboren ist ††)." Der Sinn dieser

*) S. 262.
**) S. 394. 399. flg. 518. flg.
***) S. 261—384.
†) S. 266—273.
††) S. 274.

Formel ist der, daß in den J. P. zwar Papier und Obligation zu einer lebendigen Einheit verschmolzen seien, so jedoch, daß weder in spiritualistischer Einseitigkeit das Papier in der Obligation, noch in materialistischer Uebertreibung diese in jenem auf- und untergehe. Der Satz wird übrigens als ein nicht weiter zu erweisendes Axiom hingestellt und nicht einmal indirect durch den Nachweis belegt, daß und warum jene s. g. Einseitigkeiten wirkliche verwerfliche Einseitigkeiten seien *), sofern man nicht die einzelnen jedenfalls nicht erschöpfenden kritischen Bemerkungen des Verf.'s gegen die Hauptvertreter jener ihm und einander entgegengesetzten Ansichten **) hierher beziehen will. Durch die Formel: „Das Papier ist Symbol der Obligation" wird der Grundsatz über die Art und Weise, wie die im J. P. enthaltenen verschiedenartigen Elemente zu einem Ganzen verbunden werden, vom konstruktiven Standpunkt aus ausgesprochen; die innerlich gleichbedeutende Formel: „Das Papier ist Organ der Obligation" ist nur die physiologische Wendung desselben Grundsatzes. Das J. P. in Bewegung gedacht, lassen sich in seinem Normalverlauf drei Hauptmomente unterscheiden: Entstehung, Verkehrsbewegung und Geltendmachung, wornach das Papier als Organ der Obligation drei civilistische Hauptfunctionen in deren Dienst zu verrichten hat, die Genital- Vital- und Final-Function als Zeugungs- Transport- und Realisirungsmittel. Dazu kommt dann noch eine vierte prozessualische Function, civilistisch von untergeordneter Bedeutung ***). Die Formel, daß das Papier Organ der Obligation sei, enthält demnach folgende Sätze in sich:

1) In seiner Genitalfunction ist das Papier Entstehungsmittel der Obligation, nicht deren Entstehungsgrund, welcher vielmehr in dem Dispositivwillen des Ausfertigers gelegen ist. Da das Papier das nothwendige Entstehungsorgan der Obligation ist, kann, was nicht in jenem markirt ist, auch nicht zum Bestand dieser gehören. Ausnahmen von dieser aus dem Wesen des J. P.'s hervorgehenden Regel sind denkbar, für dieselben aber doch an dem Prinzip festzuhalten, daß der Privatwille des Ausstellers soweit er nicht im Papier vermerkt ist, durch einen notorischen Gebrauch, durch allgemeine Gesetzesvorschrift ersetzt, resp ergänzt sein muß. Unter jenem Gebrauch wird übrigens nicht wahres Gewohnheitsrecht, sondern die allgemeine Sitte, dasjenige verstanden, was in Verhältnissen der fraglichen Art (von allen? von den meisten? speziell von dem Ausfertiger?) befolgt zu werden pflegt. Ob dabei noch der Satz bestehen bleiben könne, daß das Papier Entstehungsorgan der Obligation sei, erregt dem Verfasser keine

*) S. 274—285.

**) S. 191. ffg.

***) S. 284. 285. vgl. 275. 276.

Bedenken. — Bei der Entstehung der J. P. mittelst des Papiers sind übrigens zwei Stationen zu unterscheiden, die Ausfertigung von Seiten des künftigen Schuldners und die Besitzergreifung des Papiers durch eine von ihm verschiedene Person. Bei jener ist wesentlich die Aufnahme des Inhabervermerkes in die Urkunde, übrigens in beliebiger Wendung; eine solche in sich abgeschlossene Existenz der Urkunde, daß sie als Ausdruck einer in sich abgeschlossenen Obligation zu dienen vermag; und Signatur durch den Aussfertiger, die regelmäßig in der Namensunterschrift besteht, aber auch durch andere allgemein verständliche Zeichen geschehen kann. Das ausgefertigte, aber noch in der Hand des Ausstellers befindliche Papier ist werbendes J P. mit der bloßen Fähigkeit, solches zu sein; erst mit der Besitzergreifung des Papiers von Seiten eines andern vollendet sich die Geburt des J. P's, da zur Obligation außer dem Schuldner noch ein von ihm verschiedener Gläubiger gehört*).

2) In seiner Vitalfunktion vermittelt das Papier den Transport der Obligation in der Art, daß durch den Erwerb des juristischen Besitzes des Papiers auch die Forderung erworben, der Erwerber jenes Gläubiger zu dieser wird **). Die Duplizität der Elemente des J. P.'s darf nämlich auch bei dem Transport derselben nicht unberücksichtigt bleiben, so daß darin eine zweifache Metamorphose, eine sachliche und eine obligatorische anzunehmen ist. Die letztere ist eine Novation, weil eine Verkehrsbewegung der Obligationen überhaupt nur als Cession oder Novation denkbar ist — gegen die Annahme der Möglichkeit einer Singularsuccession in Obligationen spricht sich der Verf. in seinen kritischen Erörterungen sehr weitläuftig aus ***). — Cession kann bei der entschiedenen, allgemein anerkannten Selbstständigkeit des Inhabers des Papiers nicht angenommen werden, also bleibt nur Novation übrig. Diese ist nicht ein Rechtsgeschäft, sondern Rechtseffekt, ein Rechtsvorgang; es ist Sache des positiven Rechts zu bestimmen, welche Thatsachen mit diesem Rechtseffekt auszustatten resp. wirklich ausgestattet seien, und nach unserm heutigen Recht über J. P. ist nach dem in der Ausfertigung ausgesprochenen Willen des Ausstellers †) mit dem Besitzerwerb des Papiers jener Effekt verbunden. Daß und aus welchen Gründen ein solcher Hergang, bei welchem namentlich möglicher Weise der Gläubiger ohne oder selbst gegen seinen Willen aus seiner Gläubigerschaft verdrängt werden kann, eine Novation genannt, d. h. als mit dem sonst unter diesem Namen bekannten Rechts-

*) S. 285—291.
**) S. 291—315.
***) S. 217. flg.
†) Siehe unten.

institut identisch betrachtet werden könne, führt übrigens K. nicht weiter aus, eine Lücke, welche durch die Charakterisirung der Novation als Rechtseffekt doch wohl nicht ausgefüllt sein dürfte.

Auf den weiteren Satz, daß die behauptete Novation an den Erwerb des juristischen Besitzes (nicht der bloßen Innehabung, nicht des redlichen Besitzes, nicht des Eigenthumes) sich anschließe, wird ein besonderer Nachdruck gelegt *), derselbe aber gleichwohl nur in folgenden uns unverständlich gebliebenen Worten begründet: „Da die Struktur des Inhaberpapiers in der organischen Verknüpfung der actio der Obligation mit der ihr verwandten possessio des Papieres besteht, so ist es der Erwerb des (juristischen) Besitzes des Papieres, wodurch die Entstehung der Gläubigerschaft in des Nehmers Person vermittelt wird **)." Diese Worte hängen mit der im Wesentlichen schon in der älteren Schrift: „Die Obligation und Singularsuccession" vorgetragenen Ansicht des Verf.'s zusammen, daß an dem obligatorischen Rechtsverhältniß drei Seiten zu unterscheiden seien, welche die civilistische Komplexion der „species obligationis" bilden, nämlich die actio, der Normalausdruck des Verhältnisses, die obligatio oder substantia die rechtliche Macht über die schuldnerische Leistung, und das nomen oder die causa, die praktische Bedeutung, der Vermögenswerth oder Vermögensstoff der Obligation. Aehnlich werden bei dem Eigenthum unterschieden die possessio die natürliche Gestalt (der Körper), die proprietas der civilistische Gehalt (die Seele) und die causa der Vermögensstoff (die ökonomische Ursache oder Valuta) des dominium ***). Bei Untersuchung der Frage, in welcher Art die Obligation dem Papier einverleibt sei †), finden wir dann die Bemerkung: „Da, wie auf der Hand liegt, die actio diejenige Seite an der obligatio ist, welche dem Papiere als sinnlicher Existenz am nächsten steht und ihm gleichsam verwandt ist, so können wir uns die Einverleibung der Obligation ins Papier gar nicht anders, aber auch gar nicht präziser vorstellen, als so: die actio der einverleibten obligatio wird der possessio des Papiers ein- und untergeordnet, so daß diese possessio die Funktion der actio übernimmt, dieselbe vertritt, an ihrer Stelle die obligatorische Substanz ausdrückt oder darstellt und das nomen oder den Vermögenstoff trägt und befördert ††)." Das sind die Gründe, aus welchen der Satz gefolgert wird, der jurische Besitz des J. P.'s entscheide über die Gläubigerschaft. Dieser Satz wird, wie sich aus den Detailaus-

*) Vorrede S. VII. S. 184.
**) S. 300.
***) S. 225—229.
†) Siehe oben.
††) S. 280.

führungen über die Zahlung ergibt, in aller Strenge, so streng festgehalten, daß selbst der Dieb als wahrer Gläubiger anerkannt und gelehrt wird, durch die demselben gegenüber erfolgte Einlösung werde der Aussteller schlechthin, sollte er auch mala fide handeln, liberirt und der Aussteller könne, selbst wenn er von der Unredlichkeit des Präsentanten wisse und sie zu beweisen vermöge, daraus nicht eine Einrede gegen die Zahlung ableiten; er möge durch Zahlungsweigerung einen Prozeß veranlassen, während dessen der Bestohlene Zeit und Gelegenheit zur Geltendmachung seines Rechts finden werde, oder aber ein strafrechtliches oder polizeiliches Einschreiten veranlassen *). Wie aber, wenn in Folge deren der Diebstahl konstatirt wird, der Bestohlene sich aber nicht einstellt? So streng der Grundsatz nach dieser Seite hin ausgebeutet wird, so lax wird er in einer andern Beziehung ausgelegt. Wo der Präsentant nicht selbst anführt, im fremdem Namen zu detiniren, ist er als juristischer Besitzer zu präsumiren, weil detentio alieno nomine im Vergleich mit dem juristischen Besitz ein künstliches, anomales Verhältniß ist. (?) Darf und muß, um liberirt zu werden, der Aussteller den Gegenbeweis gegen diese Präsumtion führen, sofern er dazu im Stande ist? Diese Frage wird nicht berührt. Wenige Zeilen später heißt es aber, wenn der Präsentant ohne Bezugnahme auf einen Dritten als eigentlichen Interessenten mit dem Papier auftritt, um es geltend zu machen, so handelt es sich gar nicht um eine Präsumtion über eigentlichen oder uneigentlichen Besitz, sondern durch die Thatsache der Geltendmachung ist die Thatsache des juristischen Besitzes gegeben, weil in der Geltendmachung und bez. Rückgabe des einzulösenden Papiers eine Verfügung über das Papier enthalten und ausgedrückt ist. Die obige Frage ist damit freilich erledigt, ob auch alle andere Bedenken, möchten wir bezweifeln. Wenn der Präsentant ausdrücklich in fremdem Namen auftritt, hat er sich als Beauftragter des von ihm Genannten zu legitimiren. Wird dann dieser andere als juristischer Besitzer präsumirt oder schlechthin und ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises so betrachtet? auch darüber vermissen wir eine Entscheidung des Verf.'s **). Schließlich muß hier noch hervorgehoben werden, daß der bisherige Besitzer nicht schon durch den Besitzverlust, sondern erst dadurch aufhört, Gläubiger zu sein, daß ein anderer den Besitz des Papiers erweist. Die strenge Consequenz würde zwar jenes verlangen, dadurch entstände aber die Inkonvenienz, daß die Obligation zeitweise bis zum Eintritt eines neuen Besitzers ohne Gläubiger, also zerstört wäre, und dann würde bei solcher Annahme die Mortifikation als eine großartige, nur durch äußerliche utilitatis ratio motivirte Ausnahme von

*) S. 303. 625—629.

**) S. 300. 303. 304. 624.

dem Grundwesen erscheinen. Dem wird abgeholfen durch Anwendung einer freieren Besitztheorie, nach welcher der Besitz des bisherigen Besitzers so lange fortdauert, als er nicht derelinquirt oder als nicht ein anderer den Besitz ergreift, nach Analogie der römischen Grundsätze über den Besitzverlust eines fundus oder eines servus fugitivus *).

Wir wenden uns zu den Funktionen zurück, welche das Papier als Organ der Obligation zu erfüllen hat.

3) In seiner Finalfunktion vermittelt das Papier als Organ der Obligation deren Tilgung in der Art, daß durch Rückgelangung des juristischen Besitzes derselben an den Aussteller, durch Rückgabe an oder einseitige Besitzergreifung durch ihn, die Obligation aufhört und die gleiche Wirkung haben Kassation des Papiers oder ein Quittung- oder Entlassungsvermerk auf demselben. Die beiden letzten Akte, eben so die Rückgabe an den Aussteller bewirken aber Tilgung der Obligation nur dann, wenn sie mit dem animus tollendae obligationis begleitet waren. Wie es sich aber damit reime, daß der gleiche Effekt auch durch einseitige Besitzergreifung des Papiers durch den Aussteller herbeigeführt werde, bleibt unbeantwortet. Ferner, wie durch das Papier die Tilgung der Forderung vermittelt wird, so kann auch umgekehrt nur gegen das Papier von demjenigen, der es präsentirt und aushändigt, Zahlung verlangt werden, während später dieses nur dahin beschränkt wird, daß es sich regelmäßig so verhalte, wobei der Verf. nichts zur Beantwortung des Dilemmas vorbringt: entweder ist das Papier wesentliches Organ für Geltendmachung der Obligation, dann kann diese ohne jenes schlechthin nicht realisirt werden, es bleibt bei dem obigen „nur;" oder es ist nicht wesentlich, dann wäre anzugeben gewesen, warum doch „regelmäßig" das Papier zur Realisirung erforderlich ist. Daß die Forderung nur dann ohne das Papier geltend gemacht werden könne, nachdem dieses durch Mortifikation rechtlich zu existiren aufgehört habe, begrenzt zwar mit genügender Genauigkeit die regelmäßigen und die ausserordentlichen Fälle, in welchen das Papier nothwendiges Organ der Realisirung ist oder nicht ist. Aber es wird dadurch nicht erklärt, warum die Forderung nach Wegfall des ihr bisher nothwendigen Organs überhaupt noch geltend gemacht werden kann, und noch weniger wird der Anspruch des Verlierers auf Mortifikation erklärt, welcher nach K.'s späteren Ausführungen durch den Beweis thatsächlicher Vernichtung des Papiers bedingt ist **). — Statt dieser uns unentbehrlich scheinenden Ausführungen sucht K. noch auf einem völlig anderen Weg die Nothwendigkeit des Zusammenhangs der Tilgung der Obligation mit dem Papier und die Art dieses

*) S. 304—314.

**) S. 316—318. vgl. 618—620. 720—723.

Zusammenhangs darzuthun durch eine sehr eigenthümliche Auslegung und Anwendung des Satzes: prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Nach strenger Rechtslogik könne nämlich die Obligation nur eben so aufgelöst werden, wie sie entstanden, und so hält er es für wahrscheinlich, daß nach frühestem römischem Recht z. B. die stipulatio nicht durch solutio, sondern nur durch acceptilatio habe aufgehoben werden können. Das sei bei den Römern später im Verkehrsinteresse geändert worden, unsere Jurisprudenz sei aber hier einmal in der Lage, nach freiem Entschluß zu wählen, ob sie bei unserer Scripturobligation, wie es die Römer bei ihrer Verbalobligation gethan, der Naturalprästation die Wirkung der Liberirung beilegen, oder nach strenger Rechtslogik an dem contrarius actus festhalten wolle. Die Zweckmäßigkeitsgründe, welche bei der durch vergängliche Worte gezeugten Stipulation für das erste sprachen, sind bei unserer in bleibenden Zeichen fixirten Scripturobligation dagegen, da man dem Papier nicht ansehen kann, ob auf dasselbe bereits Zahlung geleistet sei oder nicht, und so bleibt es bei dem contrarius actus (Rückgelangung des Papiers in den Besitz des Ausstellers, Quittungsvermerk auf dem Papier, Kassation desselben). Die Vernichtung des Papiers bewirkt aber Tilgung der Forderung nur, wenn sie in Liberationstendenz erfolgte, denn nur dann ist sie ein Rechtsgeschäft und also ein wahrer contrarius actus zur Ausstellung, die ebenfalls ein Rechtsgeschäft ist*).

4) Die prozessualische Funktion des Papiers, als Beweismittel zu dienen, bietet keine bemerkenswerthen Eigenthümlichkeiten dar**).

Die verschiedenartigen Bestandtheile, welche in dem J. P. zusammentreffen und deren keiner nach dem ersten Grundsatz unterdrückt oder außer Acht gelassen werden darf, sind nach dem zweiten in seinen näheren Ausführungen oben mitgetheilten Satze in der Art zu einem Ganzen verbunden, daß das Papier Symbol oder Organ der Obligation ist. Es ist

III. Aufgabe des dritten Grundsatzes, den Lebensgrund oder Kausalbestand des J. P.'s nachzuweisen, d. h. die wirkende Kraft zu zeigen, welche jene Erscheinungen hervorruft. K. sucht dieses Problem dadurch zu lösen, daß er feststellt: 1) den dogmatischen Charakter des Entstehungsgrundsatzes, d. h. des Ausstellungswillens, 2) den dogmatischen Charakter der Obligation aus dem Papier; 3) die Uebereinstimmung des Dogma's mit der subjektiven Willensrichtung des Ausstellers; 4) die Uebereinstimmung des Dogma's mit dem positiven Rechte der Gegenwart.

ad. 1. Die Obligation in J. P. entsteht nicht durch Vertrag, sondern durch e i n s e i t i g e s R e c h t s g e s c h ä f t; sie ist durch Ausfertigung des

*) S. 318—327.
**) S. 327—329.

Papiers gezeugt, der Besitzerwerb des Papiers durch einen Dritten, sei es durch Geben von Seiten des Ausstellers, sei es durch einseitige Besitzergreifung, ist nur gleichsam als Bedingung erforderlich, um dem bereits ausgesprochenen Verpflichtungswillen Wirksamkeit zu verschaffen. „Zuvor kann noch nicht von einem Rechtsverhältniß (zu unterscheiden von dem allerdings bereits vorhandenen Rechtsgeschäft, dem Begründungsakt), einer Obligation die Rede sein, weil das eine Subjekt fehlt; kreirt ist zwar das Papier, aber die Wirksamkeit noch suspendirt und gerade wie bei dem Kaufschluß über eine noch auszuscheidende Waarenquantität; die Kreation ist mit der Ausfertigung vollzogen, das Rechtsgeschäft konstituirt, aber perfekt wird es erst mit dem Auftreten eines fremden Besitzers als Gläubigers *). Zur Wirksamkeit auch des einseitigen Rechtsgeschäftes wird nämlich der übereinstimmende Wille der mehreren Betheiligten vorausgesetzt, das ihm Eigenthümliche liegt nur darin, daß die rechtliche Existenz des Geschäftes schon mit der einseitigen Willensäußerung des Disponenten begründet wird. Im Uebrigen läßt sich hier der Verfasser in weit ausgeführten Hypothesen über die historische successive Entwickelung der verschiedenen privatrechtlichen Verkehrsformen aus, um zu dem Schluß zu gelangen, die kühnste und freieste von allen sei der einseitige Rechtsakt, der seine bindende Kraft aus dem einseitigen Willen des Disponenten ableite. Der Disponent erscheint hier in dem Lichte einer autonomischen Souverainität, „wie dieselbe den civilistischen Rechtsbau bis in seine höchsten Wölbungen ausfüllt, fast zu sprengen droht. Kaum scheint hier der civilistische Charakter noch gewahrt, die Grenzlinie zwischen lex privata und lex publica ist fast unmerklich sein" **). Das römische Recht hat, von spärlichen andern Erscheinungen abgesehen, nur der ultima oder suprema voluntas, dem gleichsam in feierlichster Stunde des Lebens gesprochenen und bestätigten Willen diese civilistische Weihe, diese selbstherrliche, potenzirte Zeugungskraft bewilligt. Im germanischen Recht findet sich dagegen von vornherein eine größere Tragweite und autonomische Tendenz des Einzelwillens als allgemeine Thatsache im Rechtsbewußtsein und Leben, ein potenzirter Dispositivwillen des Privaten, den man kurzweg Stiftungswillen nennen könnte. Der Vortheil aber, welcher für die juristische Behandlung der J. P. daraus erwächst, daß man die Kreation derselben als einseitigen Rechtsakt auffaßt, liegt nach K. darin, daß dabei eine größere Verkehrselastizität als bei Annahme eines Vertrags erreicht wird. Vertrag cum incerta persona ist eigentlich eine contradictio in adjecto; bei dem einseitigen Rechtsakt dagegen fußt die Existenz des Geschäfts auf dem alleinigen Willen des Disponenten: welchem Subject als

*) S. 352.

**) S. 346.

Gläubiger die Wirksamkeit des Geschäfts zugute kommt, kann suspendirt gedacht und ganz frei nach dem Verkehrsinteresse regulirt werden. — Faßt man alle diese Aeußerungen K.'s zusammen, so scheint seine Ansicht die zu sein: durch Ausfertigung des Papiers entsteht eine Verbindlichkeit des Ausstellers, ohne daß einstweilen ein Recht und ein Berechtigter vorhanden wären; durch Uebergang des Papiers in den Besitz eines andern, entsteht für diesen das Recht, er ist der Berechtigte. Ueber dieses Recht hinausgehend besteht aber immer noch der Verpflichtungswille des Ausstellers, vermöge dessen derselbe, wie er durch die erste Besitzergreifung die Obligation als zu Gunsten des ersten Besitzers neu entstanden anerkennen müßte, so dieselbe durch jede spätere Besitzergreifung als zu Gunsten des neuen Besitzers novirt gelten lassen muß *). So zeigt K.'s Auffassung in diesem Punkt eine große nicht bloß äußere, sondern auch innere Verwandtschaft mit der oben mitgetheilten Ansicht Bekker's, welcher zwar das Papier zum Subject des Rechts macht, aber auch zur Anerkennung einer solchen Formel bereit ist, welche eine Verpflichtung des Ausstellers ohne ein ihm als berechtigt gegenüberstehendes Subject statuirt, und darauf scheint uns im Wesentlichen auch die K.'sche Theorie hinauszulaufen; denn obgleich nach ihr der jeweilige Besitzer als wirklicher Gläubiger gedacht wird, nimmt sie doch noch eine über sein Recht hinausreichende Verpflichtung des Ausstellers an. Merkwürdig ist aber, daß unter den drei neuesten Bearbeitern unserer Lehre zwei, K. u. B., den äußersten Satz, der Aussteller sei, auch wenn ihm das Papier gestohlen worden, verpflichtet, prinzipiell vertheidigen, während der dritte, U., ihn wenigstens unter gewissen Beschränkungen utilitatis causa für unvermeidlich hält. Von positiv-rechtlichen Belegen, auf welche übrigens nur K. sich einläßt, wird nichts weiter angeführt, als daß ein Würtemb. Ges. v. 16. Sept. 1852 bestimmt, die Staatskasse, welcher ein a. J. lautender Staatsschuldschein abhanden gekommen, müsse denselben dem Ueberbringer bezahlen **).

ad 2. Der Charakter der Papierobligation liegt darin, daß sie zu den General- oder indiskreten oder Neutralobligationen gehört, bei welchen eine causa debendi specialis nicht in dem Obligationsorganismus aufgenommen ist. Sie können nicht bloß aus einem Formalvertrag, sondern auch aus einem solennen oder nicht solennen einseitigen Rechtsakt hervorgehen, und in der That erzeugt der einseitige Rechtsakt, durch welchen die J. P. entstehen, solche Generalobligationen und zwar schlechthin sogar in denjenigen Fällen, in welchen eine causa debendi specialis in der Urkunde erwähnt wäre, wie ja auch die Berührung des Valutaverhältnisses der Wechselobligation den Charakter einer generellen nicht entzieht. Gestützt wird dieser Satz

*) S. 334—362. 372—374.
**) S. 374.

übrigens nur darauf, daß in der Markirung des Spezialmotives und der Berechnung des Papiers auf freien Umlauf ein gewisser innerer Widerspruch liege *). Wenn der Verfasser etwas später bemerkt **), der Charakter der Papierobligation als einer Generalobligation sei wie der der Wechsel und ähnlicher Handelspapiere allgemein anerkannt, so steht das in offenbarem Widerspruch mit seinen eigenen unmittelbar vorher gemachten dogmengeschichtlichen Mittheilungen, in welchen er sich selbst, und zwar mit vollem Recht als einen der ersten bezeichnet, welche diese Ansicht mit Entschiedenheit geltend gemacht.

ad 3 u. 4. Seine Auffassung der Entstehungsart J. P. findet K. in Uebereinstimmung mit der herkömmlichen Verkehrstendenz des Ausstellers und mit der positiven Rechtsordnung. In erster Beziehung lehrt die tägliche Erfahrung, daß der Aussteller, in Uebereinstimmung mit der aufgestellten Theorie, überhaupt zu einer obligatorischen Leistung und zwar strikt und generell verpflichtet sein, und diese Verpflichtung nicht auf Gläubigerschaft eines bestimmten Einzelnen beschränkt sein lassen, sondern auf den jeweiligen Besitzer bezogen haben will. Die Uebereinstimmung der Theorie mit den positiven Rechtsordnung muß sich aus der im speziellen Theil zu besprechenden einzelnen Rechtssätzen ergeben; im Allgemeinen neigt die Rechtsentwicklung dahin, den Verkehr mit einmal zugelassenen J. P. zu erleichtern, eine auch die aufgestellten Theorie dieser Papiere durchziehende Richtung ***).

Weit kürzer als über die „vollkommenen J. P.“ äußert sich K. über die von ihm s. g. „unvollkommenen“ d. h. diejenigen, bei welchen die Urkunde den Namen des ursprünglichen Gläubigers und daneben die J. Klausel enthält. Welche Bedeutung auch diese historisch älteren Papiere vor der Entwickelung des reinen J. P.'s gehabt haben mögen, jetzt müssen sie eben sowohl von diesen wie von den gewöhnlichen Schuldurkunden unterschieden werden, indem weder die Benennung des ursprünglichen Gläubigers noch die Aufnahme der J. K. als überflüssig und nichtssagend betrachtet werden darf. Durch den ersten Umstand wird anders als bei den vollkommenen J. P. das Grundverhältniß des Primitivgläubigers als maßgebend in den Vordergrund gerückt, durch den zweiten doch eine weit freiere Negoziabilität als bei gewöhnlichen Schuldurkunden veranlaßt. Im Einzelnen wird dann das civilistische Wesen der unvollkommenen J. P. dahin bestimmt, daß hier vertragsweise eine materielle Spezialobligation entsteht, die an sich unabhängig ist vor dem nur zum Beweis und zur Vereinfachung der Cession bestimmten Papiere. Der Aussteller will dem Präsentanten so haf-

*) S. 362—370.
**) S. 374.
***) S. 371—374.

ten wie dem Primitivgläuber, d. h. jener wird als Cessionar dieses betrachtet. Die Cession wird lediglich durch die Thatsache des Besitzwechsels mit oder ohne Willen des bisherigen Besitzers vermittelt, so jedoch daß der Besitzwechsel die Cession noch nicht perfizirt; diese bleibt vielmehr bis zur Präsentation suspendirt, so daß der letzte präsentirende Besitzer als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Primitivgläubigers erscheint und die etwaigen Zwischenräume nicht in Betracht kommen. Bis zu der die Cession vollendenden Präsentation gilt der Primitivgläubiger formell als alleiniger Forderungsberechtigter. Da er aber durch die Annahme des mit der J. Kl. versehenen Papiers der Befugniß sich begeben hat, ohne Papier die Obligation geltend zu machen, so entbehrt er des Verfügungsrechtes über die Obligation, durch seinen Besitzverlust wird demnach die Sache in die Lage gebracht, wie bei der Vertragscession durch Denunziation an den Schuldner. Die eigenthümliche Kraft der unvollkommenen J. P. beruht auf dem schöpferischen Vertragswillen der Partheien, der hier eine ähnliche Tragweite für dritte Nichtspaszizenten hat, wie der einseitige Kreationswille bei reinen J. P. *).

In dem Kapitel von den unvollkommenen J. P. bespricht K. auch noch die von ihm s. g. Legitimationspapiere, deren Begriffsbestimmung bereits oben mitgetheilt ist, die aber eben darnach eine besondere Klasse für sich bilden, da sie der Form nach eben so gut als reine wie als unvollkommene J. P. auftreten können. Der Inhaber erlangt hier durchaus kein selbstständiges klageweise geltend zu machendes Recht, er gilt nur als solutionis causa adjectus, so daß der Aussteller die Zahlung an ihn nicht leisten muß, aber leisten darf und dadurch liberirt wird. Das entscheidende Kriterium für diese Art von J. P. liegt lediglich in der Absicht der Partheien, die Zahlung im Interesse des Schuldners zu vereinfachen, nicht den Nehmer durch Begebbarkeit seines Forderungsrechtes zu begünstigen. Im Zweifel über die Absicht der Partheien wäre vom streng juristischen Standpunkt ein bloßes Legitimationspapier anzunehmen, weil dessen Eigenthümlichkeit weniger von der gewöhnlichen Bedeutung der Urkunden abweicht, als die der eigentlichen J. P., doch neigt die Verkehrstendenz mehr zu den letztern. Als Beispiele der erstern werden angeführt gewisse Postempfangscheine, die Briefmarken, Polizen a. J.; ferner die ausdrücklich in diesem Sinne abgefaßten Girozettel der deutschen Credit-Anstalt in Leipzig nach dem Regulativ vom 15. Juli 1857, je nach Umständen und nach den Statuten der betreffenden Anstalten Pfandscheine der Leihhäuser und Sparkassenbücher. Die Lotterieloose waren ursprünglich wohl als bloße Legitimationspapiere gemeint, h. z. T. gelten sie als eigentliche J. P. Passagier-, Eintritts- und Speisekarten schwanken

*) S. 384—399.

zwischen beiden Gebieten *). Die Klausel „an den getreuen Inhaber" endlich berührt nach K. nicht das Verhältniß zwischen Aussteller und Inhaber, sondern soll nur andeuten, daß das Papier dem bösgläubigen Besitzer gegenüber vindikabel sei **).

Nachdem K. das civilistische Wesen der verschiedenen Arten von J. P. festgestellt, bespricht er in den zwei letzten Kapiteln des allgemeinen Theiles die Abgrenzung der J. P. gegen Papiergeld und Ordrepapiere, und die Stellung der erstern im System. Nach einem sehr sorgfältigen Referat der verschiedenen Ansichten über das Verhältniß von J. P. und P. G., wird das Wesen des Geldes überhaupt, also auch des P. G.'s darein gesetzt, daß es Sache und nur Sache sei und den Werth aller andern Vermögensstücke vertrete. Diese Eigenschaft, als allgemeines Werthzeichen positiv anerkannt zu sein, kann aber mit rechtlicher Wirksamkeit einer Sache nur durch einen Staatsakt beigelegt werden, und umgekehrt eine Sache, welcher solcher Gestalt jene Eigenschaft beigelegt ist, muß, wo es sich nur um Forderung eines Werthes überhaupt handelt, von jedem von Rechtswegen als Zahlung angenommen werden. Zum rechtlichen Wesen des Geldes gehört Zwangskurs in diesem, nicht in dem absoluten Sinne, daß eine bestimmte Sache schlechthin nach einem ihr beigelegten Nennwerth angenommen werden muß ***).

Während P. G. und J. P. trotz mancher äußerlicher Aehnlichkeiten nach ihrer juristischen Art scharf getrennt sind, stehen die O. P., Wechsel und andere, den J. P. sehr viel näher. Auch die O. P. sind Scripturobligationen, welche durch einseitigen Rechtsakt entstehen, und bei welchen das Papier Entstehungs-, Transport- und Realisirungsmittel gerade so wie bei J. P. ist. Der Unterschied von diesen liegt nur darin, daß 1) bei O. P. der Novationseffekt, welcher bei J. P. einfach an die Besitznahme des Papiers sich anschließt, überdieß noch durch den neuen Scripturakt des Indossamentes bedingt wird, und daß 2) bei dem Transport der O. P. (aller?) zu dem Novationseffekt noch der Korrealitätseffekt hinzutritt, indem der Indossant die Mithaftung für die Einlösung des Papiers übernimmt †). Bei Gelegenheit der O. P. wird auch des Blanko-Indossamentes gedacht und an ihm auf's Neue die Fruchtbarkeit des Verf.'s in Aufstellung neuer Begriffe und Anschauungen bewährt. Das blankogirirte O. P. ist nicht bloß darin von dem reinen J. P. verschieden, daß es durch volles Indossament wieder zum O. P. werden kann und daß durch dasselbe der Besitzer nur dann zur Forderung berechtigt wird, wenn die vorhergehenden

*) S. 399—404. 518—525.
**) S. 405—408.
***) S. 408—441.
†) S. 441—446.

Indossamente in gehörigem Zusammenhang stehen; sondern die Blanko-Girirung bringt an sich prinzipiell andere Wirkungen als die Stellung a. J. hervor. Das Blanko-Indossament ist ein unvollendetes, suspendirtes, das erst durch die Ausfüllung zur Perfektion gebracht wird. Der Inhaber ist nur in der Lage, er hat nur faktisch und rechtlich die Macht, sich durch Schriftakt zum Forderungsberechtigten an Stelle des letzten Indossanten zu machen; bis dahin ist aber dieser formell Gläubiger der Papierobligation, freilich, weil er das Papier abgegeben, ohne die Macht und Möglichkeit, über die Obligation zu verfügen. Diese und nur diese hat der Inhaber, ohne wirklicher Gläubiger zu sein, so daß, wenn das Papier ohne Ausfüllung des Giros durch mehrere Inhaber wandert, alle diese ordremäßig gar nicht in Betracht kommen; keiner der Inhaber war wie bei dem ächten J. P. wirklicher Gläubiger. Gestützt wird diese der Jhering'schen Auffassung der J. P. verwandte Ansicht außer auf die historische Entwickelung des Blankoindossamentes, das ursprünglich zu Umgehung des Verbots einer mehr als einmaligen Girirung benutzt worden, wesentlich darauf, daß das Indossament wesentlich ein Scripturakt sei und also nur, sofern und insoweit er auf dem Papier vollzogen sei, auf das rechtliche Schicksal der Obligation aus dem Papier Einfluß äußern könne. Unmittelbare Berechtigung einer Person, deren Namen nicht zu einem Bestandtheile des Papiers gemacht ist, widerspricht dem Wesen des Indossaments und O. P.'s als schriftmäßiger Existenzen. Auch in der Vorschrift der deutschen W. O. Art. 36: „Wenn auf ein Blanko-Indossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blanko-Indossament erworben hat," findet der Verf. eine Bestätigung seiner Ansicht. Uebrigens wird die gleiche Bedeutung wie der Ausfüllung des Blanko-Giro's auch der Weiterindossirung durch den Inhaber beigelegt, indem er als nächstbenannter Indossant auf dem Papier zugleich als vorhergehender Indossatar, d. h. das vorhergehende Blanko-Giro nun als auf ihn gerichtet gilt. Endlich steht auch die definitive Geltendmachung durch den dermaligen Inhaber der Indossamentsausfüllung gleich. Als Consequenz der aufgestellten Ansicht wird angegeben, daß singuläre Rechtsvorschriften über J. P., und dazu rechnet K. auch die Vindikationsbeschränkungen, nicht ohne Weiteres auf blankogirirte O. P. angewendet werden dürfen *). Im System weist K. sämmtlichen Scripturobligationen zusammen eine besondere Stellung an, als den symbolistischen Obligationsbildungen, denen allen gemeinsam ist, daß bei ihnen eine Scriptur, eine Sache in eine civilistisch-organische Verbindung mit der Obligation gebracht ist; die Zirkulationsfähigkeit ist nicht das allein Entscheidende. Die ganze Lehre von den Scrip-

*) S. 446—457.

turobligationen gliedert sich dann in die drei Abschnitte: vom Rekta=, vom J. und vom O. Papier *).

Die Darstellung des Besondern über die J. P. zerfällt in eine Besprechung der einzelnen Unterarten derselben und eine Erörterung der bei ihnen vorkommenden einzelnen Verkehrsbeziehungen. Da die Obligation aus dem J. P. immer eine abstrakte ist, kann von einer Eintheilung der J. P. nach (nicht vorhandenen) causae debendi speciales keine Rede sein, man kann vielmehr nur nach der Verschiedenheit der geschuldeten Leistung unterscheiden, und von diesem Gesichtspunkt bespricht K. die einzelnen vorkommenden J. P. unter den drei Rubriken „Geldpapiere" „Papiere auf Leistungen anderer (konkreter) Art" und „Aktien." Unter den Geldpapieren werden einfache und aleatorische unterschieden, und unter jenen namentlich die verschiedenen Arten von Partialobligationen und die Banknoten, unter diesen Bodmereibriefe und Lotterieloose hervorgehoben. In der zweiten Klasse erscheinen die Konossemente, die Passagierkarten und ähnliche J. P., in der dritten werden neben den Aktien der eigentlichen Aktiengesellschaften auch die Kommanditen=Aktien, Promessenscheine u. s. w. berührt. Ohne Zweifel hat K. durch seine Einzelausführungen sehr viel mehr geleistet als U., um den Charakter der Papierobligationen als abstrakter darzulegen; gleichwohl vermissen wir auch bei ihm die Erklärung, woher es denn kommt, daß auch bei solchen J. P., welche auf eine Leistung völlig gleicher Art z. B. Zahlung einer bestimmten Geldsumme, gerichtet sind, dennoch die Verpflichtung des Ausstellers nach ihrer juristischen Art eine wesentlich verschiedenartige sein kann. Daß dieß Folge der ausdrücklich festgesetzten und wegen Notorietät des Unternehmungsplanes stillschweigend anzunehmenden Bedingungen des Geschäftes sei, wie mehrfach angedeutet wird, wird schwerlich als genügende Erklärung gelten können**). Im Einzelnen heben wir hier nur die Bemerkungen des Verf.'s über Banknoten und Aktien hervor. Hinsichtlich der erstern wird die bekannte Streitfrage, ob sie Papiergeld seien, verneinend beantwortet, weil sie nicht reine Sachen seien, sondern eine Zahlungsverbindlichkeit des Ausstellers enthielten, und des Zwangskurses in dem oben angegebenen Sinne dieses Wortes entbehrten. Uebrigens haben Banknoten positivrechtlich mehrere Eigenthümlichkeiten an sich, durch welche sie von andern J. P. sich unterscheiden und dem Papiergeld sich nähern; es pflegt nämlich bei ihnen die Mortifikation ausgeschlossen zu sein; Banknotenfälschung wird meistens gleich der Falschmünzerei bestraft, und die Bank darf gegen Noten, die zur Einlösung präsentirt werden, der Kompensationseinrede sich nicht bedienen***). — Um der Aktie a. J. den Charakter einer einseitigen

*) S. 458—466.

**) S. 467—517.

***) S. 477—490.

Generalobligation zu retten, scheidet der Verf. zunächst die Verbindlichkeit zur Einzahlung des Aktienbetrags ganz aus, denn bis zur Volleinzahlung dauert das Provisorium (? Versicherungsgesellschaften!) und die eigentliche Idee des Aktienvereins findet nur im Definitivum ihren Ausdruck. Diese Idee besteht darin, daß der Aktienverein als juristische Person aufgefaßt wird, die aber freilich nur einen formalen und civilistischen, nicht organischen Bestand hat, d. h. die juristische Person ist nicht Selbstzweck, (und dennoch Person?) sondern lediglich Mittel zu einem andern, nämlich zu dem Zweck, die Vermögenssphäre des Vereins von derjenigen der einzelnen Aktionäre abzulösen und zugleich die Vereinsvertretung nach Außen zu vereinfachen. Die Vereinsperson hat keine selbstständige Bedeutung in sich, sie ist lediglich zum Zweck des Vereins konstituirt und ihr Vermögen geht demgemäß thatsächlich (zufällig? oder mit rechtlicher Nothwendigkeit?) in der Summe der Ansprüche der Aktionäre auf. Die Aktie drückt symbolisch die Stellung des Aktionärs zu der ins Mittel gestellten Vereinsperson aus. Jener ist nämlich: 1. Gläubiger der Vereinsperson und hat als solcher einen in den statutenmäßigen Perioden realisirbaren Anspruch auf Vertheilung der Dividende und den durch die Vereinsliquidation bedingten Anspruch auf Auszahlung des ihn treffenden Quotentheils vom Zentralfonds der Vereinsperson natürlich deducto aere alieno, (woher dieses „natürlich" wenn er in der That wirklicher Gläubiger ist wie ein extraneus?) 2. Der Aktionär ist zugleich als Mitglied der Generalversammlung Organ der juristischen Vereinsperson. Diese Beimischung des Repräsentativelementes könnte allenfalls aber den Charakter der Aktie als Obligationspapier zweifelhaft machen. „Doch wird dieser Zweifel damit beseitigt, daß das obligatorische Element doch immer seine selbstständige Bedeutung behalte, daß in den Generalversammlungen nie sämmtliche Aktien als vertreten erfordert würden und daß nicht jede Aktie unter allen Umständen eine Stimme gebe, während bei dem obligatorischen Verhältniß der Dividendenvertheilung immer alle Aktien berücksichtigt werden müßten*).

Die Erörterungen über die einzelnen Verkehrsbeziehungen der J. P. behandeln in drei Kapiteln die Obligation, die Voraussetzungen ihrer Entstehung, ihre Modalitäten, ihre Aufhebung, dann das Papier, und die mit dem Umlauf desselben verbundenen Fragen, und endlich die Mortifikation, wobei zu gleicher Zeit das Verhältniß des Ausstellers zum Verlierer und zum jetzigen Inhaber und das der letztern zu einander zu berücksichtigen ist. — Aus dem Kapitel über die Obligation heben wir hinsichtlich der Ausstellung hervor, daß zu ihr, sofern J. P. massenweise, nicht blos vereinzelt ausgegeben werden sollen, Autorisation

*) S. 500—515.

öffentlicher Behörden verlangt wird, zwar nicht in dem Sinn, als läge jene außerhalb der Grenzen des Privatwillens und setze einen Staatsakt voraus, aber doch so, daß der Privatwille zur massenweisen Emission von J. P. öffentlicher Autorisation bedarf. Sie wird bei Geldpapieren durch die obern Staatsbehörden, zur Ausgabe von Einlaßkarten durch die Gemeindebehörden, und zwar von selbst durch die Genehmigung der betreffenden Anstalt ertheilt*). Wird ein J. P. mit Bezug auf ein bereits bestehendes Schuldverhältniß gegeben, so liegt darin nicht Novation, sondern datio in solutum, indem das Papier wegen der ihm einverleibten Forderung als Sache von Werth behandelt wird**). Ist das der generellen Papierobligation zu Grunde liegende Spezialmotiv mit einem Mangel behaftet, so kann daraus der Aussteller dem ersten, nicht aber auch späteren Nehmern gegenüber Einreden ableiten***). Wurde das J. P. eingelöst, aber nicht kassirt und kommt dann wieder in den juristischen Besitz eines Fremden, so hat es seine alte Kraft, da der von Anfang an eigentlich wirksame einseitige Kreationsakt nicht aufgehoben und der sekundäre Umstand, welcher die Wirksamkeit des Papiers bedingt, Besitz desselben durch einen dritten, wieder erfüllt ist†). Dem J. P. kann seine freie Zirkulationsfähigkeit durch Festmachung, Außerkurssetzung entzogen werden; doch wird es dadurch nicht eine gemeine Schuldurkunde, sondern ein Rektapapier; fortan ist nur der in der Festmachung Genannte, nicht jeder Besitzer als solcher, der Gläubiger; im Uebrigen bleibt die Obligation, was sie war, eine Scripturobligation mit deren Eigenthümlichkeiten. Die Festmachung muß auf dem Papier selbst in einer nicht zu übersehenden Weise, kann übrigens in beliebigen, genügend deutlichen Ausdrücken geschehen. Berechtigt dazu ist jeder Inhaber als solcher, während freilich die meisten Partikularrechte, deren Vorschriften hier wie bei allen andern Einzelfragen von dem Verf. sorgfältig mitgetheilt werden, Mitwirkung des Ausstellers oder einer öffentlichen Behörde verlangen. Die Festmachung kann durch Wiederinkurssetzung beseitigt werden, welche dem Papier seinen alten Charakter zurückgibt. Sie muß schriftlich auf dem Papier vermerkt werden; bloßes Durchstreichen der Festmachung genügt nicht. Die Berechtigung des Urhebers der Festmachung zur Wiederinkurssetzung ohne Mitwirkung des Ausstellers oder öffentlicher Behörden hält der Verf. wenigstens für zweifelhaft und für praktisch bedenklich, wie ihr denn auch die Partikularrechte entgegen sind††). Die Renovation eines unbrauchbar

*) S. 535—551.
**) S. 551—556.
***) S. 556—559.
†) S. 559—563.
††) S. 564—580.

gewordenen J. P. ist nur Translokation der Obligation von einem Papier auf ein anderes, nicht Novation der Obligation. Das neue Papier wird vermöge einer Fiction mit dem alten identifizirt und kann deßhalb, sofern dieses bei dem Antragsteller der Renovation einer Vindikation unterworfen war, ebenfalls vindizirt werden. Der Aussteller ist übrigens, jedoch nur auf Kosten des Impetranten, zur Renovation verpflichtet*).

Die Besprechung der Accessionen der Forderung leitet K. mit der Bemerkung ein, daß diese leicht als der wunde Fleck seiner Novationstheorie betrachtet werden könnten, glaubt aber alle Schwierigkeiten heben zu können. Was zunächst die Pfandsicherheit anbelangt, so ist die Bestellung des Pfandes wie die der Forderung auf den einseitigen Kreationsakt des Ausstellers zurückzuführen. Dieser Akt setzt, um wirksam zu werden, Besitzergreifung des Papiers durch einen Dritten voraus, diese wirkt dann, wie eine erfüllte Bedingung rückwärts, so daß der Hypothek, so lange das Papier in der Hand des ersten Nehmers sich befindet, das Datum der Kreation des Papiers zukommt. Durch Besitzwechsel geht die Forderung und also auch die Hypothek des bisherigen Besitzers unter, der neue Besitzer erwirbt aber kraft des fortdauernd wirkenden einseitigen Kreationsaktes dasselbe nomen und eine Hypothek an demselben Pfandobjekt; nur hat die letztere nicht den Rang der Hypothek des früheren Besitzers. Ein Nachrücken in dessen Stellung wäre unter dem Gesichtspunkt einer Singularsuccession in ein Pfandrecht zu bringen; doch ist diese Idee noch nicht ausgebildet, da bisher für die besondern Fälle autorisirter Emissionen von J. P. mit Realsicherheit meist jura singularia festgesetzt wurden, wie namentlich die Pfandbriefe der ritterschaftlichen Kreditvereine durchaus unter singulären Rechtsvorschriften stehen**). Bei dieser Gelegenheit äußert sich der Verf. auch über die in neuerer Zeit so vielfach besprochenen Anlehen von Grundherren, welche ein Kapital von einem Einzelnen gegen gewöhnliche Schuldverschreibung und Pfandbestellung aufnehmen und jenen zur Ausstellung von Partialobligationen ermächtigen. K. betrachtet die Partialeninhaber als Cessionare des Bankiers, und zwar in der Art, daß durch den Besitzerwerb der Besitzer von selbst Cessionar wird, und der bisherige Besitzer eben dadurch, und zwar mit rückwirkender Kraft aufhört; Cessionar zu sein. Der letzte Inhaber gilt also als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Emittenten***). — Die nothwendig auf dem Papier selbst zu vermerkende s. g. Bürgschaft ist analog dem Aval nicht wahre Bürgschaft, sondern selbstständige Formalobligation, welche uno spiritu mit der Hauptobligation durch Besitzwechsel Novation erleidet; nur durch Identität des

*) S. 581—585.
**) S. 586—591.
***) S. 592—601.

nomen hängt sie mit jener zusammen*). Das Fortlaufen der Zinsen trotz der durch jeden Besitzwechsel bewirkten Novation erklärt sich daraus, daß die s. g. Zinsenobligation durch Aufnahme in die Scripturobligation ihren Charakter als wahre Zinsenobligation, ihre civilistische Abhängigkeit von der Hauptobligation verliert; einmal scripturmäßig konzipirt, ist ihr Bestand aus sich selbst zu beurtheilen, der Zinsenlauf unabhängig von dem Bestand der Hauptobligation. Am prägnantesten tritt dieß hervor, wenn, wie jetzt allgemein üblich, zur Erhebung der Zinsen auf J. lautende, s. g. Zinsenkoupons ausgestellt werden, die obgleich mit Litera und Nummer auf die Hauptobligation verweisend, doch als selbstständige J. P. zu betrachten sind, so daß die nach Einlösung des Hauptpapiers verfallenen, nicht mit diesem zurückgegebenen Coupons eingelöst werden müssen, wo Gesetz oder Feststellung bei der Emission nichts anderes bestimmten. — Die Talons zu Erhebung neuer Coupons sind als s. g. Legitimationspapiere zu betrachten**).

Aus K.'s Ausführungen über die Geltendmachung der Obligation heben wir hier, nachdem schon früher der Zusammenhang der Tilgung derselben mit dem Papier und Pflicht und Recht des Ausstellers zur Zahlung an den Besitzer dargestellt sind***) noch hervor, daß dem Schuldner der Gebrauch aller persönlich gegen den Präsentanten begründeten Einreden, namentlich auch der Kompensationseinrede (ausgenommen bei Banknoten) gestattet †) dagegen das Anastasische Gesetz für unanwendbar erklärt wird††). Die Anwendung der römischen Klagenverjährung auf J. P. hält K. für bedenklich, weil bei ihnen die Obligation durch Erhebung des Papiers zu ihrem Organ eine wesentlich andere Gestalt als die einfachen römischen Obligationen angenommen haben, mithin nicht ohne Weiteres alle sogar rein positivrechtlichen von letztern geltenden Rechtssätze auf die ersteren angewendet werden könnten, und wegen des praktischen Bedenkens, daß mit jedem Besitzwechsel eine neue Obligation entstehe, welcher die etwa gegen die Forderung des früheren Besitzers begründete Verjährungseinrede nicht entgegen zu halten sei. Positive Rechtsvorschriften sind darnach kaum entbehrlich. Die ziemlich divergirenden Bestimmungen der Partikularrechte faßt K. in dem Sinne auf, daß sie nicht sowohl die eigentliche Klagenverjährung zur Anwendung brächten, als vielmehr den civilistisch allein richtigen Satz aufstellten, das Recht aus dem J. P. solle nach Ablauf gewisser Fristen

---

*) S. 601—604.
**) S. 605—618.
***) S. 618—628.
†) S. 629—632.
††) S. 632—641.

schlechthin ipso jure erloschen sein, ohne Rücksicht darauf, ob speziell gegen den dermaligen Besitzer eine Verjährung eingetreten oder nicht*).

In dem zweiten den rechtlichen Beziehungen des Papiers gewidmeten Kapitel nimmt die erste Stelle und den weitesten Raum die Erörterung der Vindikation der J. P. ein. Von seinem Ausgangspunkte aus, daß das Papier, obgleich Organ der Obligation, doch in derselben nicht aufgehe, sondern rechtlich eine selbstständige Existenz behaupte, gelangt K. zu dem Resultat, daß das Papier Gegenstand wirklichen Eigenthumsrechtes, mithin auch ächter Vindikation, der actio Publiciana sein könne, den Vorwurf ablehnend, daß er damit in Widerspruch gerathe mit seiner Ansicht, der juristische Besitzer als solcher sei Gläubiger. Dieser Satz wird festgehalten, aber das Recht auf den Besitz dem Eigenthümer beigelegt, so daß der Besitzer, der nicht Eigenthümer ist, zwar Gläubiger ist, aber jeden Augenblick in der Gefahr schwebt, dieser Eigenschaft beraubt zu werden. Daß darnach die Abhängigkeit der Gläubigerschaft von dem Besitz als solchem gleichsam und in erster Instanz gilt und nur die Situation des zahlenden Ausstellers vereinfacht, daß aber schließlich das Forderungsrecht doch von dem Eigenthum an dem Papier abhängt, verkennt K. nicht, glaubt aber dennoch, daß gegen die von ihm versuchte Konstruktion die Einwürfe nicht begründet seien, welche er selbst gegen die direkte Verbindung des Forderungsrechtes mit dem Eigenthum erhebt, daß nämlich dadurch das rechtliche Schicksal der Hauptsache, der Forderung, von dem des dienenden Mittels, des Papiers, abhängig gemacht werde. Uebrigens hebt er hervor, wie die Anwendung der Vindikation auf J. P. zu viel weiter gehenden Resultaten als bei fast allen andern Mobilien führt, da die sonst jenem Rechtsmittel entgegenstehenden thatsächlichen und juristischen Schranken — Consumtion der Sache, Nichtkenntlichkeit derselben, Spezifikation — hier alle wegfallen, während die Leichtigkeit des Verkehrs und der Umstand, daß viele J. P. zu dauernden Kapitalanlagen benutzt zu werden pflegen, gerade umgekehrt eine erhöhte Sicherheit des Besitzers gegen Vindikation erheischen. Dieß erklärt die Tendenz der neueren Rechtsentwickelung, die Vindikation der J. P. zu beschränken, was in der That in allen auf diese Materie sich beziehenden Partikularrechten, freilich in verschiedener Weise, geschehen ist, wozu auch, selbst unabhängig von solchen Gesetzen, der neueste Gerichtsgebrauch vorherrschend, nicht einstimmig, hinneigt, was aber doch nicht als ein fest ausgeprägtes, gemeines Gewohnheitsrecht anerkannt werden kann. Aus der Natur des Rechtsverhältnisses folgt aber eine Beschränkung der Vindikation nicht, sie ist lediglich positivrechtlich**). Aus den Vordersätzen, aus welchen K. die Zulässig-

*) S. 641—648.
**) S. 649—689. vgl. 301 ff. 196 ff.

keit der Vindikation der J. P. ableitet, ergibt sich selbstverständlich auch die Möglichkeit ihrer Ersitzung und Verpfändung. Durch letztere entsteht Pfandrecht an dem Papier, nicht an der Forderung, gleichwohl kann der Pfandgläubiger nach seiner Wahl das Papier veräußern oder selbst realisiren, letzteres nach Analogie des pignus nominis, und weil die Realisirung selbst als ein Verkauf an den Emittenten aufgefaßt werden kann Dem Aussteller gegenüber ist der Pfandgläubiger Forderungsberechtigter, sofern er den juristischen Besitz an dem Papier erwirbt*). — Bei Darlehen in J. P. unterscheidet K. hinsichtlich der Restitutionsart 3 Fälle; haben die hingegebenen Papiere einen börsenmäßigen Kurs, so wird der Kurswerth der hingegebenen Papiere am Tage der Hingabe, entgegengesetzten Falles ihr Nominalwerth als Darlehnsbetrag betrachtet und der Borger hat in beiden Fällen die Wahl, ob er diesen Betrag in Geld oder in Papieren derselben Gattung, im ersten Falle nach ihrem jetzigen Kurs, im zweiten nach ihrem Nominalwerth restituiren will. Ist Rückzahlung in Papieren gleicher Gattung ausdrücklich bedungen, so hat der Borger einfach so viele Papiere derselben Gattung, als er empfangen, zurückzugeben**). — Die Wirkungen des Verkaufs eines J. P.'s werden wie alle, die Verkehrsituationen des Papiers betreffenden Fragen, nach den Regeln des Sachenrechts beurtheilt. Der Käufer will nur ein Werthpapier, der Werth des Papiers besteht aber nur darin, daß ihm ein nomen einverleibt worden, dessen Gläubigerschaft an den Besitz geknüpft ist. Hängt an dem Papier kein nomen, z. B. weil es unächt, mortifizirt ꝛc. ist, so leistet der Verkäufer eine substantiell andere Sache als die vom Käufer gewollte, für welchen deßhalb wegen seines wesentlichen Irrthums und ohne Rücksicht darauf, ob der Verkäufer in culpa war oder nicht, der Kauf nicht bindend ist. Der Verkäufer haftet also allerdings für veritas nominis, nur ist es unrichtig, dieß auf die Grundsätze über die venditio nominis zurückzuführen. Droht durch beantragtes Mortifikationsverfahren dem Papiere die Gefahr der Entkräftung, so hat der Käufer, weil dadurch das Papier bis zum Austrag der Sache dem ordentlichen Kurs entzogen wird, wegen dieses wesentlichen vitium die ädilitischen Klagen. Dagegen haftet der Verkäufer nie für Bonität der Forderung***). Endlich wird das sachliche Element in den J. P. auch in der Beziehung vorangestellt, daß in Fällen, in welchen die räumliche Lage des J. P. rechtlich von Bedeutung werde, dasselbe schlechthin als an seinem wirklichen Aufbewahrungsort gelegen zu betrachten sei, sollte dieser auch von dem Wohnort des Gläubigers sowohl wie des Schuldners verschieden sein. Wenn also

*) S. 689—695.
**) S. 696—700.
***) S. 701—709.

z. B. von den inländischen (d. h. im Inland befindlichen) Bestandtheilen eines Nachlasses eine Erbschaftsabgabe zu entrichten ist, trifft diese nicht die bei einem ausländischen Bankier deponirten J. P.*).

Die Mortifikation, von welcher das letzte Kapitel handelt, hält K. für prinzipiell zulässig, d. h. für nicht anomal gegenüber der rechtlichen Natur der J. P., da der Zusammenhang zwischen Papier und Obligation nicht unlöslich sei und für den bisherigen Besitzer die Forderung nicht schon durch den Verlust des Papieres, sondern erst durch den Besitzerwerb eines Andern verloren gehe. Andererseits liegen aber doch in dem Wesen der J. P. keine nöthigenden Gründe, die Mortifikation als geltendes Recht anzuerkennen, und eine gemeinrechtliche Gewohnheit für dieselbe läßt sich eben so wenig beweisen; die Partikularrechte gehen in ihren betreffenden Vorschriften weit auseinander. Die Frage de lege ferenda anlangend, hält der Verf. die Mortifikation, und zwar mit kurzen Fristen bei den wenig zur Zirkulation bestimmten Papieren z. B. Lotterieloosen für unbedenklich, dagegen sei sie bei unverzinslichen Geldpapieren, namentlich Banknoten ganz auszuschließen, hinsichtlich verzinslicher oder dividendentragender Geldpapiere aber nur mit großer Vorsicht zuzulassen**).

So vollständig diese Einzelausführungen K.'s sind, so scheint er uns doch ein ganz wesentliches Versprechen, das er gegeben, nicht erfüllt zu haben, nämlich den Nachweis, daß die einzelnen anerkannten positiven Rechtssätze über J. P. in Einklang stehen mit seinen allgemeinen Grundsätzen, so daß diese in jenen ihre Bestätigung fänden. Für den Satz, daß der Aussteller auch ein vor der Emission ihm gestohlenes Papier einlösen müsse, eine nothwendige Consequenz des einseitigen Kreationsaktes, wird, wie schon oben bemerkt, nur ein einziges Partikulargesetz angeführt, in welchem überdieß die Meisten weit geneigt sein möchten, nur eine Berücksichtigung von Zweckmäßigkeitsgründen, als den Ausspruch eines nothwendigen Rechtssatzes zu erkennen; die gemeine Meinung ist, wie B., obgleich Anhänger derselben Ansicht, zugibt, gegen dieses Extrem. Das Dogma von der Generalobligation findet in keinem Gesetz und in keinem Gewohnheitsrecht direkte oder indirekte Bestätigung. Die Zurückführung des Umlaufs der J. P. auf Novation führt zu Folgesätzen, die, wie z. B. die Lehren des Verf.'s über Zinsenkoupons, wenigstens nicht fest und entschieden anerkannt sind, oder die, wie z. B. die Behauptungen über die Verjährung, dazu nöthigen, dem wirklich geltenden Recht eine Bedeutung unterzuschieben, an welche dessen Schöpfer nicht gedacht haben, ganz abgesehen von der Frage, ob eine Novation der Art, wie K. sie annimmt, als mit unserm positiven Recht verein-

*) S. 709—711.
**) S. 712—729.

bar betrachtet werden könne. Daß dem juristischen Besitzer, selbst wenn seine mala fides erweislich wäre, die Zahlung mit privatrechtlichen Mitteln nicht bestritten werden könne, ist ein nichts weniger als allgemein anerkannter Satz; daß nur der juristische Besitzer, nicht der Inhaber, sie zu fordern berechtigt sei, durchaus nicht ausgemacht. Die Vindikation von J. P., eine nothwendige Consequenz des K.'schen Systems, ist bekanntlich äußerst bestritten, und K. selbst gibt zu, daß ihre unbedingte Zulassung zu dem Institut nicht passe. Die Theorie des Verf.'s wird also durch sich selber stehen müssen; ihre positiven Stützen sind schwach und ungenügend. Zu beurtheilen, ob sie jenes vermöge, ob sie der schwankenden Rechtsbildung über J. P. Richtung und Halt zu geben im Stande sei, würde über die Grenzen hinausgehen, die wir uns gesetzt haben.

J. Jolly.

---

## V. Kurze Anzeigen.

### 8) Dr. G. M. Kletke. Sammlung von Präjudizien ꝛc. Zweite Fortsetzung. XXVI. u. 288. S. 8. Erlangen 1858.

Mit dieser zweiten Fortsetzung, welche die Nummern 1122—1608 umfaßt, hat zunächst die S. 199 dieser Zeitschrift angezeigte Sammlung ihr Ende erreicht. Beabsichtigt der Herausgeber, wie er in der Vorrede mittheilt, weitere Fortsetzungen für die folgenden Jahre, so ist eine Beherzigung der in Betreff der ersten Hefte ausgesprochenen Bedenken ernstlich zu wünschen, da sie in vollem Maaße auch auf das vorliegende Anwendung finden. Ein gewisses Maaß von Rechtskenntniß und Umsicht ist auch bei solchen Arbeiten unentbehrlich, an schlechter Fabrikarbeit aber leiden wir keinen Mangel.

### 9) Die Jurisprudenz des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands in Wechselsachen 1821—1857. Nebst Anhang aus der Jurisprudenz des Handels- und Obergerichts zu Hamburg in Wechselsachen. November 1855—1857. XXXII. u. 448 S. 8. Frankfurt a./M. 1858. J. D. Sauerländer.

Auf ein „Verzeichniß der Rechtssätze“ folgen 6 Erkenntnisse des O. A. G. zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen, 39 in Frankfurter, 12 in Bremischen, 31 in Hamburgischen Rechtssachen, innerhalb dieser vier Categorien in chronologischer Ordnung mit den wichtigsten Entscheidungsgründen. Ein großer Theil derselben ist natürlich bereits aus anderen Sammlungen und Mit-

theilungen bekannt. Nicht mitgetheilt sind 35, angeblich bedeutungslose Urtheile desselben Gerichtshofes in Wechselsachen. Die im Anhang folgenden 18 Urtheile Hamburgischer Gerichtshöfe sind aus der dortigen Gerichtszeitung entnommen.

10) W. Endemann. Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen drei ersten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen. 159 S. 8. Erlangen 1858.

Daß die vorliegende Kritik etwas Wesentliches zur Vervollkommnung oder auch nur zum Verständniß des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs beitragen könne, muß aus mehreren Gründen bezweifelt werden. Arbeiten dieser Art, wenn sie practischen Werth haben sollen, dürfen nicht den Ton des Lehrbuchs anschlagen und die Entwicklung allgemeiner Wahrheiten um ihrer selbst willen nicht in den Vordergrund stellen. Die Berathungen über die neue deutsche Handelsgesetzgebung sind so weit vorgerückt, daß die Kritik sich mehr auf die einzelnen Bestimmungen der Entwürfe richten sollte, sollte dabei auch eine gewisse Abrundung in der Form verloren gehen. Die vorliegende Schrift macht aber auch den Eindruck, als ob der Verfasser bei vollkommener juristischer Schärfe doch auf dem Gebiete des Handelsrechts nicht recht heimisch wäre. Daraus erklärt sich wohl zunächst der Umstand, daß er in seiner Polemik gegen einzelne Bestimmungen der Entwürfe fast nur die in den Nürnberger Protocollen niedergelegten Ansichten wiedergiebt. Andererseits aber entwickelt der Verfasser über einzelne Materien, wie über Handelsgerichte, Handelsbücher, Actiengesellschaften, Mäkler solche Ansichten, welche beweisen, daß ihm vieles neu ist. Er construirt nicht selten Rechtssätze, welche theoretisch ganz scharf gedacht sind, welche aber nur auf Zustände passen, wie sie sein sollten und nicht wie sie thatsächlich im Handelsverkehr sind. Auch der andere Zweck des Verfassers dem Publicum ausführliche Mittheilungen über den Inhalt des Entwurfs zu machen, scheint uns nicht erreicht. Der Leser erhält kein klares Bild über den Stand der Gesetzgebungsarbeiten; hat doch der Verfasser nicht einmal angegeben, auf welchen der verschiedenen Entwürfe sich seine Bemerkungen beziehen, erst aus der Darstellung ergiebt sich, daß er die Resultate der ersten Nürnberger Lesung vor Augen hatte. A. Anschütz.

11) Carl Güterbock, Gerichtsassessor. Die englischen Aktiengesellschaftsgesetze von 1856 u. 1857. Vollständig in Deutscher Uebersetzung. Mit erläuternden Bemerkungen begleitet. VIII. u. 96 S. 8. Berlin 1858. Julius Springer.

Eine überaus willkommene Erscheinung für Jeden, welcher an der Entwickelung des Englischen Handelsrechts regen Antheil nimmt, und dessen

Bedeutung für unsere eigene Rechtsbildung zu würdigen weiß. Der wesentliche Inhalt der Akte von 1856 war bereits mehrfach mitgetheilt, namentlich in dem vielfach belehrenden Werke von E. Schwebemeyer das Aktien-, Gesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England, Berlin 1857; dagegen die wichtige Ergänzungsakte vom 13. Juli 1857 (20 et 21 Vict. cap. 14 in 33 Sectionen) noch gar nicht. Von beiden erhalten wir eine vollständige Uebersetzung, desgleichen von dem Normalverwaltungsregulativ, welches als Beilage zur Hauptakte erschienen ist. Die geschichtliche Skizze über die Englische Aktiengesetzgebung (S. III — VII), und die erläuternden Noten, welche durchgehends dem Text beigefügt sind, erleichtern ebenso sehr dem Leser die Zurechtfindung in diesem vielfach fremdartigen Gebiet, wie sie die genaue Vertrautheit des Verfassers mit dem Englischen Recht darlegen.

12) Georg Schirges, Aktuar der Rheinschiffahrts-Central-Commission. Der Rheinstrom. Ein Beitrag zur Kenntniß der Geschichte, Handelsstatistik und Gesetzgebung des Rheins, nebst der Rheinschiffahrtsakte vom 31. März 1831 sammt allen ihren Supplementarartikeln. IV. u. 352 S. nebst 1 Flaggentafel. 8. Mainz 1857. Victor v. Zabern.

Der erste Theil (S. 3 — 152) enthält zunächst eine „Allgemeine Uebersicht," welche die Entwickelung von Handel und Industrie seit den Tagen des klassischen Alterthums, und die politische Geschichte des Rheins skizzirt (S. 3—12). Hierauf folgen zwei Abschnitte:

1) Geschichtliches (S. 13—86). Derselbe gewährt uns zwar keine vollständige Uebersicht über die Gesetzgebung, welche bis zur Rheinschiffahrtsakte die Rheinschiffahrt regelte, aber belehrende Mittheilungen über die krause Verworrenheit, welche monopolistische Bestrebungen und zünftige Abgeschlossenheit aller Betheiligten über den Rheinhandel gebracht hatten. Trägheit und Unzuverlässigkeit des geschützten Schifferstandes entsprach dessen schlechter und unsicherer Bezahlung durch den Handelsstand. Nachdem vorübergehend die Französische Besetzung und die Durchführung des Prohibitivsystems, an welches sich der organisirte Schmuggelhandel anschloß, der Rheinschiffahrt die empfindlichsten Wunden geschlagen hatten, begann mit dem Jahre 1815 die riesenhafte Steigerung des Verkehrs. Als bedingende und zugleich bedingte Momente treten hervor: der Wegfall der alten Stapel-, Krahn- und Zunftbeschränkungen, Einführung der Dampfschiffahrt, größere Schnelligkeit der Fahrten, verbesserte Lage der Schiffer, Minderung der Frachtsätze.

S. 15 — 52 werden Auszüge aus bisher gar nicht, oder zerstreut gedruckten Mainzischen Verordnungen der beiden letzten Jahrhunderte mitge-

theilungen bekannt. Nicht mitgetheilt sind 35, angeblich bedeutungslose Urtheile desselben Gerichtshofes in Wechselsachen. Die im Anhang folgenden 18 Urtheile Hamburgischer Gerichtshöfe sind aus der dortigen Gerichtszeitung entnommen.

10) W. Endemann. Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen drei ersten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen. 159 S. 8. Erlangen 1858.

Daß die vorliegende Kritik etwas Wesentliches zur Vervollkommnung oder auch nur zum Verständniß des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs beitragen könne, muß aus mehreren Gründen bezweifelt werden. Arbeiten dieser Art, wenn sie practischen Werth haben sollen, dürfen nicht den Ton des Lehrbuchs anschlagen und die Entwicklung allgemeiner Wahrheiten um ihrer selbst willen nicht in den Vordergrund stellen. Die Berathungen über die neue deutsche Handelsgesetzgebung sind so weit vorgerückt, daß die Kritik sich mehr auf die einzelnen Bestimmungen der Entwürfe richten sollte, sollte dabei auch eine gewisse Abrundung in der Form verloren gehen. Die vorliegende Schrift macht aber auch den Eindruck, als ob der Verfasser bei vollkommener juristischer Schärfe doch auf dem Gebiete des Handelsrechts nicht recht heimisch wäre. Daraus erklärt sich wohl zunächst der Umstand, daß er in seiner Polemik gegen einzelne Bestimmungen der Entwürfe fast nur die in den Nürnberger Protocollen niedergelegten Ansichten wiedergiebt. Andererseits aber entwickelt der Verfasser über einzelne Materien, wie über Handelsgerichte, Handelsbücher, Actiengesellschaften, Mäkler solche Ansichten, welche beweisen, daß ihm vieles neu ist. Er construirt nicht selten Rechtssätze, welche theoretisch ganz scharf gedacht sind, welche aber nur auf Zustände passen, wie sie sein sollten und nicht wie sie thatsächlich im Handelsverkehr sind. Auch der andere Zweck des Verfassers dem Publicum ausführliche Mittheilungen über den Inhalt des Entwurfs zu machen, scheint uns nicht erreicht. Der Leser erhält kein klares Bild über den Stand der Gesetzgebungsarbeiten; hat doch der Verfasser nicht einmal angegeben, auf welchen der verschiedenen Entwürfe sich seine Bemerkungen beziehen, erst aus der Darstellung ergiebt sich, daß er die Resultate der ersten Nürnberger Lesung vor Augen hatte. A. Anschütz.

11) Carl Güterbock, Gerichtsassessor. Die englischen Aktiengesellschaftsgesetze von 1856 u. 1857. Vollständig in Deutscher Uebersetzung. Mit erläuternden Bemerkungen begleitet. VIII. u. 96 S. 8. Berlin 1858. Julius Springer.

Eine überaus willkommene Erscheinung für Jeden, welcher an der Entwickelung des Englischen Handelsrechts regen Antheil nimmt, und dessen

Bedeutung für unsere eigene Rechtsbildung zu würdigen weiß. Der wesentliche Inhalt der Akte von 1856 war bereits mehrfach mitgetheilt, namentlich in dem vielfach belehrenden Werke von C. Schwebemeyer das Aktien-, Gesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England, Berlin 1857; dagegen die wichtige Ergänzungsakte vom 13. Juli 1857 (20 et 21 Vict. cap. 14 in 33 Sectionen) noch gar nicht. Von beiden erhalten wir eine vollständige Uebersetzung, desgleichen von dem Normalverwaltungsregulativ, welches als Beilage zur Hauptakte erschienen ist. Die geschichtliche Skizze über die Englische Aktiengesetzgebung (S. III—VII), und die erläuternden Noten, welche durchgehends dem Text beigefügt sind, erleichtern ebenso sehr dem Leser die Zurechtfindung in diesem vielfach fremdartigen Gebiet, wie sie die genaue Vertrautheit des Verfassers mit dem Englischen Recht darlegen.

12) Georg Schirges, Aktuar der Rheinschiffahrts-Central-Commission. Der Rheinstrom. Ein Beitrag zur Kenntniß der Geschichte, Handelsstatistik und Gesetzgebung des Rheins, nebst der Rheinschiffahrtsakte vom 31. März 1831 sammt allen ihren Supplementarartikeln. IV. u. 352 S. nebst 1 Flaggentafel. 8. Mainz 1857. Victor v. Zabern.

Der erste Theil (S. 3—152) enthält zunächst eine „Allgemeine Uebersicht," welche die Entwickelung von Handel und Industrie seit den Tagen des klassischen Alterthums, und die politische Geschichte des Rheins skizzirt (S. 3—12). Hierauf folgen zwei Abschnitte:

1) Geschichtliches (S. 13—86). Derselbe gewährt uns zwar keine vollständige Uebersicht über die Gesetzgebung, welche bis zur Rheinschiffahrtsakte die Rheinschiffahrt regelte, aber belehrende Mittheilungen über die krause Verworrenheit, welche monopolistische Bestrebungen und zünftige Abgeschlossenheit aller Betheiligten über den Rheinhandel gebracht hatten. Trägheit und Unzuverlässigkeit des geschützten Schifferstandes entsprach dessen schlechter und unsicherer Bezahlung durch den Handelsstand. Nachdem vorübergehend die Französische Besetzung und die Durchführung des Prohibitivsystems, an welches sich der organisirte Schmuggelhandel anschloß, der Rheinschiffahrt die empfindlichsten Wunden geschlagen hatten, begann mit dem Jahre 1815 die riesenhafte Steigerung des Verkehrs. Als bedingende und zugleich bedingte Momente treten hervor: der Wegfall der alten Stapel-, Krahn- und Zunftbeschränkungen, Einführung der Dampfschiffahrt, größere Schnelligkeit der Fahrten, verbesserte Lage der Schiffer, Minderung der Frachtsätze.

S. 15—52 werden Auszüge aus bisher gar nicht, oder zerstreut gedruckten Mainzischen Verordnungen der beiden letzten Jahrhunderte mitge-

theilt, unter denen einzelne auch für das Privathandelsrecht Ausbeute gewähren z. B. die Rentenordnung von 1601, die Kaufhausordnung von 1759, die Ordnung für den Handelsstand von 1797.

2) Tabellarische Uebersichten über den Handels- und Schiffahrtsverkehr auf dem Rhein, dessen wichtigsten Nebenflüssen, und in den bedeutendsten Rheinhäfen seit 1815 (S. 87—152). Einige Haupthandelsartikel z. B. Steinkohlen, Getreide, Tabak, Wein ꝛc. erfahren dabei vorzügliche Berücksichtigung.

Der zweite Theil enthält den Text der Rheinschiffahrtsordnung nebst Anlagen (S. 153—207), und, nach den Paragraphen derselben geordnet, in einem Anhang (S. 209—348) sämmtliche neueren, dieselbe ergänzenden Supplementarartikel, Gesetze, Polizeiverordnungen und Staatsverträge.

Die Uebersicht des Inhalts würde durch ein Materienregister sehr erleichtert sein.

## 13) Dr. W. Ullrich, Sammlung von seerechtlichen Erkenntnissen des Handelsgerichts zu Hamburg, nebst den Entscheidungen der höheren Instanzen. Erstes Heft. Erkenntnisse aus den Jahren 1851—1853. IV. u. 204 S. 8. Hamburg 1858. Perthes-Besser u. Mauke.

Auf eine systematisch geordnete Uebersicht des wesentlichen Inhalts der mitgetheilten Entscheidungen (S. 1—38) folgt eine chronologische Sammlung von 132 Erkenntnissen mit Entscheidungsgründen aus den Erkenntnißbüchern des Hamburger Handelsgerichts. Die an das Lübecker Oberappellationsgericht gelangten Sachen sind nur allegirt, weil deren vollständige Erörterung sich bereits in der „Sammlung der Erkenntnisse des O. A. G. zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen“ befindet.

## 14) Moritz Mohl. Ueber Bank-Manöver, Bankfrage und Krisis. 118 S. 8. Stuttgart 1858.

Wie schon früher bei seinem „Beitrag zur Erörterung des deutschen Handelsgesetzbuchs“ hat auch diesmal der Verfasser eine Reihe von Aufsätzen, welche er im Würtembergischen Beobachter veröffentlicht hatte, gesammelt und in einer besondern Schrift herausgegeben. Diese Schrift soll den Nachweis führen, daß die Zettelbanken die letzte Handelskrisis zum großen Theil verschuldet haben, weil sie durch künstlich erleichterte Creditgewährung eine übertriebene Spekulation hervorrufen. Wir glauben, daß dies ein vollkommen richtiger Gesichtspunkt ist, unter welchem die Zettelbanken betrachtet werden müssen. Die letzten Jahre haben bewiesen, daß die mit der Errichtung von Zettelbanken verbundenen Gefahren weit mehr in jener künstlichen

Hervorrufung von Geschäften und in der Anreizung zur Ueberspeculation liegen als in der etwaigen Unsicherheit der Banknoten. Man hat sich leider nur zu sehr daran gewöhnt die Schwierigkeiten der Bankfrage nur in den Bestimmungen über Sicherstellung und Einlösbarkeit der Noten zu erblicken. Und doch ist dieser Standpunkt im höchsten Grade einseitig; denn über dem Papier übersieht man die Geschäfte, die mit dem Papier gemacht werden sollen. Hätte Herr Mohl die Thätigkeit einiger nord- und mitteldeutschen Zettelbanken etwas mehr in der Nähe betrachten können, so würden ihm noch ganz andere Beweise für seine Ausführungen zu Gebote gestanden haben. Er würde an einzelnen Beispielen gezeigt haben, wie der Markt für die vorhandene Notenmasse erst künstlich geschaffen werden mußte und wie noch fortwährend Geschäfte nur zu dem Zwecke aufgesucht werden, um unter Anbietung besonderer Vortheile für den ersten Abnehmer ein möglichst großes Quantum von Noten im Publikum zu verbreiten. Erst schafft man, also ein künstliches Zahlungsmittel, und ist dies gelungen, so schafft man auf künstliche Weise das Geschäft, um das künstliche Zahlungsmittel anzubringen. In diesem Zirkelschluß ist wenigstens Logik, aber diese Logik ist eine Ironie auf gesunde Verkehrszustände. Herr Mohl steht mit seinen Ansichten über Zettelbanken auch nicht allein. Schon ein anderer Schriftsteller (E. Nasse im **XII.** Band der Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaft) hat die Frage aufgeworfen, ob die volkswirthschaftlichen Zwecke, die durch die Banken erreicht werden sollen, gerade durch Zettelbanken erreicht werden müssen. Er kommt zu dem Schluß, daß Creditvereine wie sie in der Union de crédit in Brüssel, in dem niederöstreichischen Escompteverein und in der Berliner Discontogesellschaft bestehen — die letztere Gesellschaft nur ihrem ursprünglichen Geschäftskreise nach betrachtet —, jene volkswirthschaftlichen Funktionen weit besser erfüllen. Das volkswirthschaftliche Princip, welches diesen Associationen zu Grunde liegt, hat sicher noch eine große Zukunft.

Die vorliegende Schrift des Herrn Mohl hat auch eine rein polemische Seite. Der Verf. vertheidigt sich gegen verschiedene Verdächtigungen, welche ihm seine Angriffe auf die Zettelbanken zugezogen haben. Wir hätten gewünscht, daß diese Vertheidigung, die in einem Journalartikel am Platz sein mochte, in der Schrift weggefallen wäre. Denn Herr Mohl hat wohl nicht nöthig, sich bei dem deutschen Publikum von der Verdächtigung rein zu waschen, daß er für das Interesse der Privatbankiers schreibe, weil er gegen die Zettelbanken schreibt. Nichts ist überhaupt trivialer als diese Verdächtigung. Ist es doch hinlänglich bekannt, daß eine Reihe von Zettelbanken nichts anderes sind als ein bequemes Mittel für eine Anzahl von Privatbankiers, um außer dem eigenen Geschäftskapital noch ein anderes Kapital, welches man als Gründer oder Verwaltungsrath verwaltet, zur Disposition zu haben.

A. Anschütz.

---

## VII. Kritiken über den von der Deutschen Handelsgesetzgebungscommission zu Nürnberg berathenen ersten Entwurf.

2. Die Veröffentlichung der ehelichen Güterrechte. Ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs &c. von Prof. Dr. Moritz v. Stubenrauch. (Allg. Oestr. Ger. Zeit. 1858. Nr. 10. 11).
3. Gutachten der Oestreichischen Handelskammmern.
(Austria 1857. IV. S. 408 547. 592. 596. 600.
— 1858. I. S. 70. 75. 169. 363. 366. 412. 500. 555.
— — II. S. 21—23)

## VII. a. Kritiken über den von der Deutschen Handelsgesetzgebungscommission zu Nürnberg berathenen zweiten Entwurf.

1. Das Handelsgesetzbuch Deutschlands. (Allg. Oestr. Gerichtsz. 1858. Nr. 44. 46. 50. 64.)

## VIII. Abhandlungen.

38. L. H. R. Laspeyres. De debitis conjugum ex liberarum Germaniae civitatum hanseaticarum jure commentatio. Dissertatio inauguralis. Halae 1857. 4. 97 S. (Darin de uxoribus mercatricibus §. 46—49).
39. Jacobi. Kann derjenige, dem ein Prokurist nach dem Tode seines Prinzipals einen Wechsel indossirt hat, wenn ihm dieser Thatbestand bekannt war, auf Grund des Art. 74. der W. O. zur Auslieferung des Wechsels genöthigt werden? Wird eine Prokura durch den Tod des Prinzipals absolut unwirksam? Theilbarkeit oder Untheilbarkeit von Vertragserklärungen. (Neues Archiv f. Handelsrecht I. S. 171—186).
40. Zaun. Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht (Archiv f. praktische Rechtswissenschaft Bd. IV. S. 369—429).
41. Groskopff, Obergerichtsanwalt und adv. fisci zu Oldenburg. Zur Lehre vom Retentionsrechte. IV. u. 126 S. 8. Oldenburg 1858. Gerhard Stalling.
42. Das Retentionsrecht in seiner Anwendung auf Leistungen (Neues Archiv I. S. 109—124).
43. Blodig. Die Bezeichnung des Pfand-, Retentions- und Compensationsrechtes der Wechselgläubiger oder Handelsleute als „Privilegien“ ist aufzugeben. (Haimerl's Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. XVI. S. 373—380).

44. E. Ruhstrat. Ueber negotiorum gestio. 91 S. 8. Oldenburg 1858. Gerhard Stalling.
45. Voigt. Blanko-Indossament bei nicht wechselmäßigen Urkunden. Ausfüllung von Blankoindossamenten. (Neues Archiv I. S. 99—108).
46. Schäffer. Voraussetzungen der gültigen Mortifikation einer Schuldurkunde. (Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. V. S. 410—418).
47. Voigt. Zur Lehre von der Mortification abhanden gekommene Schulddokumente (Neues Archiv I. S. 4—36).
48. Königswarter, de la réforme de nos lois qui régissent le taux de l'intérêt et du délit d'usure (Revue critique de législation et de jurisprudence 1857. t. XI. p. 443—451).
49. Das Bremische Pfandsystem der Handfesten (Deutsche Vierteljahrsschrift 1857. Heft 80. S. 50—65).
50. Ph. Hirsch. Der Handel auf Besicht, erläutert durch Präjudikate des Hamburgischen Handelsgerichts. (Neues Archiv I. S. 155—171).
51. Ueber Agiotage und Lieferungsgeschäfte. (Journal des Economistes November 1857. p. 306—314).
52. Heinichen. Vom Schadensersatz bei Hamburgischen Lieferungsgeschäften „ab auswärts." (Neues Archiv I. S. 36—48).
53. Zimmermann. Ueber die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten entstandenen Schadens (eod. S. 48—82).
54. Dr. Ladenburg, Obergerichts-Advokat. Die Anweisung und der gezogene Wechsel. 121 S. 8. Mannheim 1858. Bensheimer.
55. Hotzel. Ueber Kaufmännische Anweisungen (Auslegung des Art. 4 des Sächs. Weimarischen Gesetzes vom 31. Juli 1849.) (Blätter für Rechtspfl. in Thüringen 1857. S. 218—228).
56. Ueber die Wechselklausel „14 Tage vor Verfall acceptabel." (Blätter f. Rechtsanw. in Bayern Jahrg. 1822. S. 177—185).
57. Voigt. Räumt der Artikel 29 der W. O. dem Wechselinhaber ein Klagerecht auf Sicherstellung auch gegen den Acceptanten ein, wenn dessen Unsicherheit kundbar wird? (Neues Archiv I. S. 125—154).
58. Renaud. Zur Frage, ob die für sich dastehende Acceptations-Erklärung eines Nichtbezogenen auf einem nicht notleidenden Wechsel eine wechselrechtliche Verbindlichkeit begründet. (Magazin für badische Rechtspflege Bd. III. S. 377—383).
59. Blobig. Ueber die freiwillige Prolongation der Wechsel. (Allg. Oestr. Gerichtsz. 1858. Nr. 3. 4. 5. 6).
60. Die Tageszeit bei Aufnahme des Wechselprotestes. (Zeitschr. f. Rechtspflege in Braunschweig 1858. Nr. 1).

61. Von dem Ort, wo der Protest Mangels Zahlung zu erheben ist. (Blätter f. Rechtsanwendung in Bayern 1857. Ergänzungsbl. Nr. 1).

62. Northoff. Der eigene Wechsel muß dem Aussteller zur Zahlung präsentirt werden, braucht aber nicht protestirt zu werden. (Magazin f. Hannoversches Recht 1858. S. 29—32).

63. Chop. Fordert das schwarzburg.-sondersh. Partikularrecht zur Erhebung einer Wechselklage Beglaubigung des Indossaments und die Vollmacht des klägerischen Anwalts? (Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen 1857. S. 120—130).

64. Fr. Noback. Ueber Creditversicherung. (In der Einladungsschrift zur Prüfung der Schüler der öffentlichen Handels-Lehranstalt in Chemnitz. 6 u. 7. April 1857. S. 3—33. 8.) Chemnitz 1857.

65. Julius Staudinger, Doktor der Rechte. Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag. VIII. u. 200 S. 8. Erlangen 1858. Ferdinand Enke.

66. Reinhold Nizze, Advokat zu Rostock. Das allgemeine Seerecht der civilisirten Nationen. Mit besonderer Hervorhebung des Hanseatischen, Mecklenburgischen Partikular- und Rostock'schen Statutar-Seerechts. Erster Band. Das öffentliche Seerecht. XVI. u. 500 S. Rostock 1857. G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung.

67. Leo. Zur Lehre von der Verantwortlichkeit des Verkäufers eines Schiffes. (Neues Archiv I. S. 82—98).

68. Voigt. Die penalty-Clausel in den englischen Chartepartieen (eod. S. 187—200).

69. v. Duhn. Von der Deckslabung u. ihrer Werfung (eod. S. 201—210).

70. Ueber die Behandlung auswärtiger Havariegrosse-Dispachen im Verhältnisse zwischen dem Versicherten und dem Assekuradeur. (Erste Abtheilung). (eod. S. 210—234).

71. C. U. Asher. The Jurist. Mittheilungen über Handelsrechtsfälle aus der Englischen Praxis. (eod. S. 234—242).

72. F. C. F. Philippi, Ober-Regierungsrath. Beiträge zur Geschichte und Statistik der deutschen Messen. X. u. 112 S. 8. Frankfurt a./O. 1857. Gustav Hernecker.

73. Mittermaier. Ueber den gegenwärtigen Zustand der Gesetzgebung in Betreff der Handelsgerichte. (Stato attuale dei lavori legislativi sulla instituzione dei tribunali di commercio). Gazetta dei Tribunali von Genua 1857. Nr. 58).

74. Schuster. Die concursale Befriedigung vertritt die volle Tilgung des Anspruches, insoweit derselbe gegen die Concursmasse gerichtet ist. (Allg. Oestr. G. Z. 1858. Nr. 25).

75. Kopp. Ueber die mehrfache Anmeldung derselben Forderung bei einer Concursmasse (eod. Nr. 33).

# Miscellen.

## I. Statistik der Rechtsprechung in Handelssachen.

### 3. Geschäftsthätigkeit des Bremischen Handelsgerichts in den 12 Jahren seines Bestehens.

Von

Herrn Dr. Pauli in Bremen.

| | 1857. | 1856. | 1855. | 1854. | 1853. | 1852 | 1851. | 1850. | 1849. | 1848. | 1847. | 1846. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Ordentliche Sitzungen. | 83. | 84. | 84. | 85. | 86. | 82. | 85. | 85. | 83. | 86. | 82. | 83. |
| Außerordentliche desgl. | 5. | 20. | 17. | 24. | 20. | 2. | 18. | 18. | 10. | 23. | 33. | 14. |
| Commissionstermine | 93. | 102. | 84. | 80. | 101. | 101. | 82. | 131. | 91. | 78. | 114. | 84. |
| und betrug dabei die Zahl der Audienz-nummern. | 1740. | 1921. | 1661. | 1702. | 1852. | 1803. | 1584. | 1865. | 1748. | 2242. | 2136. | 1784. |
| Neue Sachen wurden angebracht: | | | | | | | | | | | | |
| a) unter 30 Rthlr. | 200. | 241. | 207. | 235. | 200. | 182. | 203. | 183. | 207. | 277. | 252. | 259. |
| b) von 30—300 Rthlr. | 297. | 285. | 280. | 281. | 291. | 315. | 253. | 283. | 306. | 395. | 343. | 368. |
| c) über 300 Rthlr. | 145. | 97. | 76. | 91. | 88. | 99. | 88. | 100. | 84. | 147. | 150. | 85. |
| Total. | 642. | 623. | 563. | 607. | 579. | 596. | 544. | 566. | 597. | 819. | 745. | 712. |
| Dazu wieder aufgenommene: | | | | | | | | | | | | |
| alte Sachen | 23. | 18. | 18. | 13. | 22. | 16. | 13. | 26. | 38. | 60. | 36. | 18. |
| anhängig geblieben von 1856: | 71. | 60. | 62. | 56. | 71. | 79. | 69. | 83. | 80. | 71. | 56. | 21. |
| Total: | 736. | 701. | 643. | 676. | 672. | 691. | 626. | 675. | 715. | 950. | 837. | 751. |
| Beendet wurden: | | | | | | | | | | | | |
| 1) durch Vergleich oder Liegenbleiben: | 340. | 292. | 265. | 311. | 312. | 295. | 289. | 302. | | [illegible] | [illegible] | [illegible] |
| 2) durch Endurtheil: | 293. | 338. | 318. | 303. | 304. | 325. | 258. | 304. | | [illegible] | [illegible] | [illegible] |
| Total: | 633. | 630. | 583. | 614. | 616. | 620. | 547. | 606. | 626. | 870. | 765. | 695. |

Es blieben mithin noch in Verhandlung:

| | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| und davon: | 108. | 71. | 60. | 62. | 56. | 71. | 79. | 69. | 88. | 80. | 71. | 56. |
| a) auf der Audienzliste: | 60. | 28. | 35. | 32. | 27. | 34. | 49. | 30. | 45. | 36. | 41. | 36. |
| b) ohne Termin vertagt: | 26. | 29. | 17. | 25. | 23. | 29. | 27. | 27. | 24. | 22. | 13. | 9. |
| c) in höheren Instanzen: | 17. | 14. | 8. | 5. | 6. | 8. | 3. | 12. | 14. | 22. | 17. | 11. |

Urtheile wurden erlassen: 1) in contradictorisch verhandelten Sachen:

| | 1857. | 1856. | 1855. | 1854. | 1853. | 1852. | 1851. | 1850. | 1849. | 1848. | 1847. | 1846. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| a) praevia collatione: | 129. | 149. | 116. | 111. | 151. | 125. | 110. | 149. | 122. | 151. | 171. | 120. |
| b) in continenti: | 101. | 110. | 89. | 80. | 73. | 108. | 80. | 148. | 166. | 182. | 218. | 173. |
| Total: | 230. | 259. | 205. | 191. | 224. | 233. | 190. | 297. | 288. | 333. | 389. | 293. |

2) in nichtstreitigen Fällen:

| | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| a) in confessum: | 57. | 91. | 64. | 91. | 71. | 66. | 50. | 59. | 36. | 51. | 51. | 53. |
| b) in contumaciam: | 136. | 134. | 148. | 135. | 126. | 166. | 133. | 148. | 152. | 208. | 184. | 199. |
| Total: | 193. | 225. | 212. | 226. | 197. | 232. | 183. | 207. | 188. | 259. | 235. | 252. |
| Summa: | 423. | 484. | 417. | 417. | 421. | 465. | 373. | 504. | 476. | 592. | 624. | 545. |
| Es lagen zum Spruch am 31. Dec. 1857: | 5. | 6. | 8. | 4. | 5. | 8. | 8. | 5. | 13. | 5. | 10. | 4. |
| Zeugen sind vernommen: | 112. | 159. | 96. | 108. | 86. | 107. | 64. | 130. | 111. | 116. | 131. | 91. |
| Certifikate ertheilt: | 11. | 8. | 13. | 11. | 7. | 11. | 13. | 16. | | | | |
| Schreiben erlassen: | 139. | 105. | 106. | 105. | 129. | 124. | 105. | 90. | 76. | | | |

theils als Hülfs- theils als Antwortschreiben auf ergangene Requisition.

| | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Das Armenrecht wurde ertheilt: | 2. | 8. | 8. | 4. | 3. | 4. | 3. | 3. | 5. | 9. | 5. | 2. |
| Rückgabe der Sporteln verfügt in neuen Sachen ohne alle Verhandlung. | 213. | 183. | 138. | 174. | 157. | 182. | 150. | | | | | |

Rechtsmittel kamen vor:

I. Revisionen.

| | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| a) anhängige: | — | 2. | 1. | — | 1. | 1. | 1. | | |
| b) dazu neue: | 12. | 3. | 10. | 8. | 2. | 5. | 2. | | |
| Total: | 12. | 5. | 11. | 8. | 3. | 6. | 3. | 9. | 11. |

hinsichtlich welcher erkannt wurde:

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| a) confirmatorisch: | 6. | 3. | 8. | 2. | 1. | 4. |
| b) reformatorisch: | 4. | 1. | 1. | 1. | 2. | 1. |
| c) zurückgingen: | 1. | 1. | 2. | — | — | 1. |
| d) anhängig blieben: | 1. | — | — | — | — | — |

II. Appellationen an das Obergericht.

| | 1857. | 1856. | 1855. | 1854. | 1853. | 1852. | 1851. | 1850. | 1849. | 1848. | 1847. | 1846. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Anhängig waren an= noch: | 12. | 5. | 3. | 6. | 8. | 3. | 12. | 14. | 22. | 17. | 11. | 4. |
| dazu neue: | 26. | 20. | 13. | 10. | 17. | 18. | 10. | 13. | 15. | 33. | 26. | 19. |
| Total: | 38. | 25. | 16. | 16. | 25. | 21. | 22. | 27. | 37. | 50. | 37. | 23. |
| a) wovon confirma= torisch: | 8. | 8. | 6. | 7. | 12. | 4. | 6. | 6. | 12. | 20. | 12. | 5. |
| b) reformatorisch: entschieden wurden: | 10. | 3. | — | 1. | 1. | — | 1. | 4. | 5. | 5. | 1. | 3. |
| c) zurückgingen: | 9. | 2. | 5. | 3. | 6. | 9. | 12. | 5. | 6. | 3. | 7. | 4. |
| d) blieben abhängig: | 11. | 12. | 5. | 5. | 6. | 8. | 3. | 12. | 14. | 22. | 17. | 11. |
| | 38. | 25. | 16. | 16. | 25. | 21. | 22. | 27. | 37. | 50. | 37. | 23. |

III. Appellationen an das Oberappellationsgericht:

| | 1857. | 1856. | 1855. | 1854. | 1853. |
|---|---|---|---|---|---|
| Anhängig waren noch: | 2. | 3. | 2. | — | 1. |
| hinzukamen: | 8. | 2. | 2. | 4. | 1. |
| Total: | 10. | 5. | 4. | 4. | 2. |
| a) entschieden wurden confirmatorisch: | 1. | 2. | 1. | 1. | 2. |
| b) „ „ reformatorisch: | 1. | 1. | 3. | 3. | — |
| c) anhängig blieben am 31. Decb. 1857: | 6. | 2. | — | — | — |
| d) zurückgenommen wurden: | 2. | — | — | — | — |

---

Anm. Das Bremer Handelsgericht eröffnete am 2. September 1845 seine Wirksamkeit. Die vier Monate des ersten Jahres sind in obiger Statistik nicht mit in Berücksichtigung gezogen.

Zur Erläuterung wird noch Folgendes bemerkt:

Das Handelsgericht besteht aus einem Juristen als Vorsitzer und zwei kaufmännischen Beisitzern.

Die Erkenntnisse in Bagatellsachen (bis 30 Thlr.) sind nicht appellabel.

Für Sachen von 30—300 Thlr. besteht eine Revisionsinstanz, die dadurch gebildet

wird, daß der Vorsitzende wechselt und die kaufmännischen Beisitzer um 2 vermehrt werden.

Die dritte und letzte Instanz für diese Sachen bildet das Obergericht.

Sachen über 300 Thlr. gehen in zweiter Instanz an das Obergericht in dritter an das Oberappellationsgericht zu Lübeck.

Für alle Berufungen gilt jedoch die Bestimmung, daß, wenn und soweit das zweite Erkenntniß mit dem ersten conform ist, die dritte Instanz nicht beschritten werden darf. Ausnahme bilden nur die Sachen über 1000 Thlr., welche, auch wenn 2 conforme Erkenntnisse vorausgehen, ans Oberappellationsgericht gelangen können.

## 4. Geschäftsthätigkeit des Königl. Commerz- und Admiralitätscollegii zu Königsberg während der Jahre 1850—1857.

Von

Herrn Stadtrichter Güterbock in Königsberg.

### I. Vorbemerkungen.

Der Gerichtsbezirk des Commerz- und Admiralitätscollegii erstreckt sich auf die Stadt Königsberg mit etwa 75,000 Einwohnern, auf die Stadt Pillau mit circa 2000 Einwohnern, und außerdem für Schifffahrts-, Berge- und Havariefälle über die finnländische Küste der Ostsee. Vor die s. g. Schifffahrtsdeputation zu Pillau gehören nur die dort vorkommenden kaufmännischen Bagatellprozesse, und die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit über dort vorfallende Schifffahrtsangelegenheiten.

## II. Tabellarische Uebersicht.

| | 1850 | 1851 | 1852 | 1853 | 1854 | 1855 | 1856 | 1857 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| I. Prozesse erster Instanz: | | | | | | | | |
| 1) Ordinäre Civilprozesse, davon erledigt: | 111 | 128 | 108 | 116 | 223 | 260 | 303 | 360 |
| a) durch Kontumazialverf. u. Agnitorin | 26 | 54 | 36 | 25 | 64 | 63 | 46 | 81 |
| b) „ Entsagung | 20 | 17 | 14 | 24 | 51 | 30 | 41 | 58 |
| c) „ Vergleich | 23 | 16 | 9 | 4 | 9 | 9 | 16 | 17 |
| d) „ Contradiktorische Entscheidung | 21 | 23 | 24 | 17 | 33 | 73 | 93 | 111 |
| e) unerledigt geblieben: | 21 | 18 | 20 | 46 | 63 | 85 | 107 | 93 |
| 2) summarische Prozesse (§. 13. Ver. 21. Juli 46) erledigt: | 49 | 42 | 69 | 36 | 56 | 43 | 94 | 113 |
| a) durch Kontumaz. u. Agniterin | — | 31 | 44 | 18 | 33 | 16 | 39 | 70 |
| b) „ Entsagung | 6 | 2 | — | 5 | 8 | 11 | 19 | 21 |
| c) „ Vergleich | 10 | 1 | 12 | 1 | — | 2 | 6 | 3 |
| d) „ Contrad. Entsch. | 32 | 7 | 13 | 12 | 15 | 14 | 27 | 10 |
| e) unerledigt übertragen | 1 | 1 | — | — | — | — | 3 | 9 |
| 3) Bagatellprozesse | 94 | 100 | 90 | 110 | 95 | 148 | 248 | 229 |
| a) durch Kontum. u. Agniterin | 10 | 18 | 12 | 18 | 18 | 5 | 37 | 30 |
| b) „ Entsagung | 9 | 20 | 14 | 17 | 19 | 14 | 49 | 42 |
| c) „ Vergleich | 18 | 16 | 17 | 16 | 13 | 35 | 28 | 32 |
| d) „ Contrad. Entscheidung | 35 | 27 | 37 | 81 | 28 | 25 | 73 | 94 |
| e) unerledigt übertragen | 22 | 19 | 10 | 28 | 17 | 69 | 61 | 31 |
| 4) Subhastationen: | 1 | 1 | 3 | 3 | — | — | 4 | 11 |
| II. Prozesse zweiter Instanz: | | | | | | | | |
| 1) Appellationen, erledigt | 13 | 28 | 11 | 19 | 23 | 24 | 23 | 25 |
| a) durch Entsagung u. Vergleich | 1 | 16 | 2 | 3 | 9 | 8 | 4 | 6 |
| b) „ Erkenntniß | 12 | 12 | 9 | 16 | 14 | 16 | 19 | 19 |
| 2) Rekurse. | 5 | 3 | 3 | 7 | 8 | 13 | 8 | 9 |
| III. Prozesse dritter Instanz. | 3 | 2 | 1 | 3 | 4 | — | — | 4 |
| IV. Actus voluntariae jurisdictionis. | 581 | 450 | 506 | 448 | 354 | 668 | 590 | 595 |

## 5. Thätigkeit des Hamburger Handelsgerichts im Geschäftsjahre 1/3 57—1/3 58.

Der am 1. März 1858 im Hamburger Handelsgericht vom Präses Dr. Heinichen mitgetheilte Bericht über die Thätigkeit des Gerichts im letzten Geschäftsjahre enthält im Wesentlichen Folgendes:

Auf die Audienzrollen sind gebracht: 8180 Nummern; Erkenntnisse theils auf contradictorische Verhandlung, theils in contumaciam, theils ad supplicas, theils auf Bericht, abgegeben: 2740; Appellationen interponirt: 132; Commissionen gehalten: 1331, in denen 1074 Sachen verglichen wurden, 145 Commissionen wurden aufgehoben, 112 beibehalten; 112 Zeugenverhöre gehalten, 784 Eide geleistet, 1049 Executionen verfügt, außer den sogleich in der Audienz zur Execution verwiesenen Sachen, 338 Verklarungen sind belegt. Beim Firmen- und Procurenwesen sind 803 Anzeigen wegen errichter Firmen, 151 wegen veränderter, 39 wegen aufgehobener gemacht. 268 Procuren sind ertheilt, 93 aufgehoben, 30 erneuert, resp. verändert worden.

In Gemäßheit der Verordnung vom 2. Dec. sind 148 Massen an das Handelsgericht gelangt, und in 127 Massen schon Berichte erstattet worden; 2 wurden ex officio, 2 durch Beschluß der Gläubiger zum Fallitverfahren verwiesen.

86 Fallissemente sind beim Handelsgerichte eröffnet, 5 durch Verweisung dahin gelangt, 4 Benefizialerbschaften nach Maßgabe Art. 42 der Neuen Falliten-Ordnung zur Behandlung gekommen. Von 46 beendigten Massen haben 11 Vertheilungen ergeben, die höchste mit 55, 44¼ und 27½ pCt., die kleinste mit 1⅞ pCt. Bei 40 Massen sind die Cridare als leichtsinnig, 2 als boshaft classificirt. Bei 4 Massen hat keine Classification stattgefunden, weil 2 Gemeinschuldner verstorben und von 2 erst die Verlassenschaft an das Handelsgericht gekommen.

Uebrigens zeigte sich in dem letzten Jahre, verglichen mit dem Vorhergehenden, eine bedeutende Steigerung der Thätigkeit des Gerichts, wie denn dasselbe überhaupt noch niemals so stark in Anspruch genommen gewesen sei. Es hätte sich darum das Bedürfniß herausgestellt, das Personal des Gerichts zu verstärken; die Creirung einer dritten Kammer jedoch sei unzweckmäßig erschienen. Insbesondere hätten sich in der ersten Hälfte des Jahres die Fälle, welche aus Fracht- und Assecuranzgeschäften entsprangen, bedeutend vermehrt; in der letzten Hälfte dagegen sei, in Folge der aus Nordamerika kommenden Krisis, welche Hamburg, namentlich als Wechselplatz für die nordischen Länder, besonders berühren mußte, die Thätigkeit des Handelsgerichts vorzüglich administrativer Art, wie sie demselben durch das Gesetz vom 2. December 1857*) vorgeschrieben worden sei. —

*) Vgl. Zeitschrift Heft 1. S. 144—146.

## II. Commanditaktiengesellschaften in Frankreich.

Aus dem Brief des Präsidenten des Handelsgerichts der Seine über das Geschäftsjahr 1. July 185⁶/₇ (Le Hir. Mémoiral du commerce 1857 S. 168. 173) entnehmen wir folgende Thatsachen.

Es sind deponirt worden bei der Kanzlei:

1,039 Contrakte von offenen Gesellschaften,
391 Contrakte von Commandit- und Commanditaktiengesellschaften,
6 Contrakte von anonymen Gesellschaften.

1,436

Im Jahre vorher 1,406.

Das Capital der Aktienkommanditgesellschaften betrug am 20. Juni 580,779,000 Frs., dagegen im vorangehenden Jahr 1,928,671,000 Frs. Das Capital der gewöhnlichen Commanditen betrug 46,734,660 Frs., im vorangehenden Jahr 48,130,000 Frs.; das Capital der Collectivgesellschaften 27,465,800 Frs., im vorangehenden Jahr 23,485,000 Frs.

Da hienach die Verminderung fast allein die Commanditaktiengesellschaften trifft, und zwar um die ungeheure Summe von mehr als 1300 Mill. Frs., während die Capitalien der Aktiengesellschaften sich vermehrt haben, so muß hierauf die Strenge des neuen Gesetzes vom 17. Juli 1856 wesentlichen Einfluß geäußert haben.

# X.

## Ueber die Anzeigepflicht des Versicherten.

Von

**Herrn Dr. Pauli**

in Bremen.

Nach dem Hamburger See-Assekuranzrecht*) in Uebereinstimmung mit den Rechten der meisten continentalen Staaten**) sind dem Versicherer bei Abschließung der Versicherung alle Nachrichten, welche der Versicherte von dem Schiffe hat, „aufrichtig und redlich" mitzutheilen und ist die Unterlassung derjenigen Anzeigen, welche nach vernünftigem Ermessen auf den Entschluß des Versicherers, sich überall oder so wie geschehen, auf die Versicherung einzulassen, von Einfluß sein konnten, mit Annullirung der Versicherung bedroht. Es wird mit anderen Worten zwischen der Vorenthaltung wesentlicher und unwesentlicher Nachrichten unterschieden. Die gesetzliche Normirung, was wesentliche und unwesentliche Nachrichten seien, ist bei der unerschöpflichen Mannigfaltigkeit möglicher Eventualitäten schlechterdings unthunlich. Darüber eine bestimmte Praxis zu bilden ist der Convenienz der Geschäftswelt überlassen, welcher die dann und wann eintretenden Entscheidungen der Gerichte als Controle und Leitfaden zu Hülfe kommen. Doch herrscht nach manchen Richtungen hin noch kei-

*) Art. 13 u. 16 des „Allgemeinen Plans Hamburgischer Seeversicherungen" v. 1847.

**) Lübeck, Bremen (Assekuranzbedingungen v. 1858. §. 44) Frankreich (code de com. Art. 348) Preußen (Landrecht §. 2026.)

neswegs, selbst bei erfahrenen Geschäftsleuten, eine gehörige Sicherheit in dem, was in dieser Beziehung ein Versicherer verlangen kann, der Versicherte zu leisten hat. Es hat das seinen Grund theils in der unleugbaren Schwierigkeit, im einzelnen Falle die richtige Entscheidung zu treffen — denn keineswegs ist ein obwaltender dolus die nothwendige Voraussetzung der Sachfälligkeit des Versicherten — theils in der Abgeneigtheit der Handelswelt, dergleichen Differenzen sofort vor die Gerichte zu bringen.

Eine der Richtungen, in denen sich zu Zeiten eine Unsicherheit im Verkehr zeigt, betrifft die Frage, ob und inwieweit das subjektive Ermessen einerseits des Versicherten andererseits des Versicherers über die Bedeutung irgend eines den Versicherungsgegenstand betreffenden Umstandes maaßgebend sei. Mit dieser Frage wird dann wohl die andere irriger Weise in Verbindung gebracht, ob es auf den objektiven Thatbestand, wie er in Wirklichkeit vorgelegen hat, oder auf die subjektive Auffassung von demselben, wie sie durch die eingegangenen Nachrichten über das Schiff bei dem Versicherten hervorgerufen ist, ankomme.

Das Lübecker Oberappellationsgericht, welches seit seinem Bestehen in einer großen Anzahl von Assekuranzsachen, namentlich aus Hamburg und Lübeck, Entscheidungen gefällt hat, die in ihren häufig umfangreichen Entscheidungsgründen ein außerordentlich reiches Material für das Assekuranzrecht bieten, hat mehrfach auch Gelegenheit gehabt, über diese Fragen sich auszusprechen. Es ist danach als völlig feststehend Folgendes anzusehen:

Der Versicherte*), dem in dieser Beziehung alle etwaige Zwischenpersonen zur Vermittelung der Versicherung gleich behandelt werden, hat alle zur Zeit des Versicherungsauftrages vorhandenen Nachrichten über das Schiff, welche der Natur der Sache nach für die Beurtheilung der Gefahr, deren Uebernahme dem Versicherer zugemuthet wird, irgend Bedeutung haben, getreulich mitzutheilen.

---

*) Diese genau genommen, dann nicht ganz richtige Benennung, wenn es sich um eine erst abzuschließende Versicherung handelt, ist in Ermangelung einer besseren ganz allgemein zur Bezeichnung der dem Versicherer gegenüberstehenden Person in Gebrauch.

Unterbleibt eine der Natur der Sache nach gleichgültige Mittheilung, so ist es völlig irrelevant, ob der Versicherte selbst die subjektive Ueberzeugung hatte, jene Mittheilung sei eine solche, die eigentlich dem Versicherer nicht verschwiegen bleiben dürfe (s. u. Nr. 3.), wie es nicht minder irrelevant ist, ob bei den zufälligen persönlichen Eigenschaften eines Versicherers sie auf dessen Entschluß vielleicht von Einfluß gewesen wäre.*) (s. u. Nro. 4).

Unterläßt der Versicherte dagegen eine der Natur der Sache nach relevante Mittheilung, so kömmt auf seine bona fides Nichts an; andererseits sollte man es konsequenter Weise auch für gleichgültig halten, ob unter den obwaltenden Umständen des konkreten Falles jene an sich relevante Mittheilung vielleicht in dem Entschlusse des Versicherers eine Aenderung nicht hervorgebracht haben würde. Nach einer gelegentlichen Aeusserung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck scheint dieses jedoch einen derartigen als replica doli sich gestaltenden Einwand des Versicherten nicht entschieden zu verwerfen (s. u. Nro. 2). Freilich wird der erforderliche Beweis in der Regel schwer zu beschaffen sein.

Während sonach im Ganzen der objektiven Bedeutsamkeit der über Schiff und Ladung vorhandenen Nachrichten eine Ausschlag gebende Relevanz eingeräumt wird, so ist doch wiederum, oder vielmehr eben deshalb, der wirkliche Sachverhalt, wie er sich später als der zur Zeit der letzten Nachricht in der That vorhanden gewesene herausstellt, von nur beschränktem Einflusse auf die Gültigkeit des Versicherungsvertrages. Es soll nämlich der Versicherte resp. seine Mittelspersonen die Nachrichten, welche über das Schiff eingegangen sind, mittheilen. Sind diese Nachrichten irrig, oder übertrieben, oder Eingebungen persönlicher Befürchtungen des Nachrichtgebenden, die sich später als unbegründet ausweisen, der die Versicherung mit dem Assekuradeur Abschliessende hat aber zur Zeit, wo er dies thut, noch keine Kunde davon, daß jene Nachrichten irrig,

*) Vgl. Duer law and practice of marine insurance. Vol II. p. 388 ff. p. 518 ff.

übertrieben oder voreilig waren, so rettet ihn, falls er dieselben als nachtheilig unterdrückt, der Umstand, daß sie sich später einmal als unbegründet ausweisen, nicht vor der Annullirung der Versicherung. Er darf sich durchaus nicht darauf berufen, daß er solche an sich relevante Nachrichten für unbegründet gehalten habe, wenn auch der Zufall will, daß sie sich hinterher in der That als unbegründet herausstellen. (s. u. Nro. 5.)

Andererseits sind auch insofern die thatsächlichen Ereignisse ohne Einfluß auf den Versicherungsvertrag, als bei eintretender Beschädigung ein wegen Nichtanzeige eines wesentlichen Umstandes zurückzuweisender Versicherungsanspruch auch dann nicht Kraft gewinnt, wenn der eingetretene Schaden mit dem verschwiegenen Umstande in gar keimem Zusammenhange steht. (s. u. Nro. 1.)

Die bisher vom Oberappellationsgerichte zu Lübeck über obige Grundsätze erlassenen Entscheidungen sind folgende: *)

1.

In einem Strandungsfall, der zu einer Klage vor dem Lübecker Niedergerichte geführt hatte, war von den der Zahlung sich weigernden Assekuradeurs geltend gemacht, bei der Aufgabe zur Assekuranz habe der Versicherte angegeben, das Schiff sei im Jahre zuvor neu aufgezimmert und befinde sich im besten Stande, eine Aufzimmerung sei aber im Jahre zuvor gar nicht geschehen. Es war darüber auf Beweis erkannt. Das Oberappellationsgericht äußert in seinen Entscheidungsgründen **).

„Zwar tragen die Kläger darauf an, daß über die Auf„zimmerung des Schiffes im vergangenen Jahre und dessen „Tüchtigkeit gar kein Beweis nachgelassen werde, weil die An„zeige in der Police gar nicht in dem Sinne gemacht sei, eine „besondere Garantie über die Beschaffenheit des Schiffes zu über-

*) Außerdem sind zu vergleichen die Urtheile desselben Gerichtshofes bei Thöl Ausgewählte Entscheidungsgründe no. 259. 260. 256. 257.
Anmerk. des Herausgebers.

**) Entscheidungen des O. A. G's. zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen. Bd. 1. no. 160. p. 467. Thöl Ausgewählte Entscheidungsgründe, no. 267.

„nehmen und weil auch diese Beschaffenheit ohne Einfluß „gewesen sei auf den erlittenen Unfall, der ja in einer „Strandung bestehe. Allein für die Wahrheit einer gemachten „Anzeige ist der Versicherte in Ansehung solcher Umstände, von „welchen er selbst persönliche Wissenschaft haben mußte, jeden„falls verantwortlich, gleichviel in welchem Sinne sie gemacht „worden ist, wenn sie nur, wie im vorliegenden Falle, Ein„fluß haben konnte auf den Entschluß des Versicherers, und „ist es dabei ganz gleichgültig, ob der angegebene Umstand mit „dem erlittenen Unfall in Verbindung stand oder nicht, weil es „nach den Grundsätzen von den Wirkungen des dolus bei Ver„trägen nur darauf ankömmt, daß Jemand von dem Mitkon„trahenten dolose zur Eingehung eines Vertrages verleitet, „nicht aber daß und in welchem Maaße ihm der dolus nach„theilig gewesen ist*). Ein bloßer Irrthum war im vorliegen„den Falle nicht denkbar."

2.

A. und D. in Hamburg versicherten ein in England neuerbautes zum Bugsieren von Schiffen auf dem Revier zwischen Riga und Mitau bestimmtes nur $2^1/_2$ Fuß tief gehendes, eisernes Dampfschiff bei der „Elb-Assekuranzkompagnie" und einigen anderen Hamburger Versicherern für die Fahrt von Hull nach Riga. In der Aufgabe für die Police wurden obige für Beurtheilung der Gefahr sehr wichtige Umstände verschwiegen. Die Anzeige lautete im Wesentlichen „eisernes Dampfschiff, 42 Tons haltend, mit oder ohne Ladung." Das Schiff konnte nicht See halten, wurde von der Mannschaft verlassen und ging verloren. Die Versicherung wurde von den Gerichten annullirt**).

Unter vielen anderen Rechtfertigungsgründen, durch welche die Versicherten die Annullirung abzuwenden suchten, war auch der, daß sie behaupteten, die Versicherer würden auch dann die Assekuranz zur selben Prämie abgeschlossen haben, wenn ihnen

---

*) Benecke, System der Seeassekuranz 2c. Bd. III. S. 117.

**) Vergl. Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen. Bd. II. Abth. I. no. 20 in Sachen Albrecht und Dill c/a F. Rohrmann.

eine vollständige Anzeige gemacht worden wäre. Die Entscheidungsgründe äußern sich hierüber folgendermaaßen:

„Selbst wenn man es zugiebt, daß da wo bei einer stattgefundenen Verschweigung oder falschen Angabe hinterher bewiesen werden kann, daß der Versicherer auch bei richtiger Angabe den Kontrakt dennoch zu derselben Prämie abgeschlossen haben würde, der Versicherte sich der Replik des dolus würde bedienen dürfen, so erheischt diese Replik doch gewiß einen bündigen Beweis, welcher durch eigene Erklärungen des Versicherers unter Umständen wird geführt werden können."

3.

Das Casco eines Schiffes wurde für die Fahrt von Helsingoer nach Marseille bei einigen Hamburgischen Assekuranzkompagnien versichert. Es wurde dabei nicht angezeigt, daß das Schiff schon von Stockholm gekommen und nach stattgehabter Havarie in Helsingoer wegen Reparatur eingelaufen sei. Doch war das Schiff zur Zeit der Versicherung wieder völlig seetüchtig.

Das Hamburger Handelsgericht sah den verschwiegenen Umstand als einen so wichtigen an, daß es die Assekuranz für nichtig erklärte, es sei denn daß der Versicherte seine eventuelle Behauptung, dem Versicherer sei der in Frage stehende Umstand zur Zeit der Assekuranzabschließung bekannt gewesen, beweise.

Das Obergericht und das Lübecker Oberappellationsgericht waren anderer Ansicht. Den Entscheidungsgründen des letzteren *) wird folgender Passus entnommen:

„Allerdings ist an dem Grundsatze festzuhalten, der sich aus der Natur des Assekuranzvertrages mit Nothwendigkeit ergibt, daß derjenige, der eine Assekuranz nachsucht, schuldig ist, dem Versicherer dasjenige getreulich anzuzeigen, was nach vernünftigem Ermessen auf die Schätzung der Gefahr und somit auf den Entschluß der Versicherer, sich auf den Vertrag einzulassen, von Einfluß sein kann. Allein das vernünftige Er-

*) Vgl. Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen Bd. II. Abth. I. no. 32. in Sachen J. A Schmidt Söhne c/a L. A. Auffm'-Ordt.

„messen kann nur dahin führen, solche Umstände in Betracht zu „ziehen, die wirklich der Natur der Sache nach, wenn sie mit„getheilt wären, das übernommene Risiko als ein größeres würden „dargestellt haben, als es bei deren Verschweigen erschien, nicht „aber solche, die ohne zureichenden inneren Grund möglicherweise „einen oder den anderen Versicherer je nach vorgefaßten Meinun„gen oder Launen von Schließung der Assekuranz hätten abhalten „können."

4.

Das Schiff „Claudine Marquise Paulucci" war am 17. Dezember 1852 von Odessa in See gegangen, um eine Ladung Leinsaat nach London zu bringen. Zwischen Odessa und Constantinopel hatte Havarie stattgefunden, in Constantinopel wurde in Folge dessen eine Reparatur nothwendig, nach deren Beendigung das Schiff im Hafen von neuem Havarie litt, die aber schnell reparirt wurde. Es wurde dann, da das Schiff nur theilweise versichert war, vom Capitain, der selbst Rheder war, von Constantinopel aus nach Newcastle um Besorgung einer Assekuranz für den unversicherten Theil des Schiffes und die Fracht geschrieben, unter gleichzeitiger Mittheilung aller bisherigen Vorfälle. Der Correspondent des Capitains zu Newcastle ließ die Versicherung in Hamburg besorgen. Bei der dortigen Aufgabe zur Versicherung ward der obenerwähnten dem Versicherungsauftrage vorangegangenen Ereignisse keine Erwähnung gethan. Als nun zwischen Constantinopel und Malta das Schiff von neuem eine erhebliche Havarie litt und in Folge dessen aus der Assekuranz Klage erhoben ward, leiteten die Versicherer aus der Verschweigung obiger Umstände eine Einrede her, da sie ihrer Angabe nach, wenn ihnen alles Vorgefallene mitgetheilt wäre, überhaupt nicht, jedenfalls nicht zu der vereinbarten Prämie (3 Procent) das Risiko übernommen haben würden.

Das Oberappellationsgericht in seinem Erkenntniß vom 21. Mai 1855*) legt die Irrelevanz, welche die verschwiegenen

*) Vgl. Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in

Umstände im konkreten Falle für Beurtheilung der Gefahr hatten, dar und verwirft die Einrede, „da diese lediglich auf den §. 15 „des Revidirten Allgemeinen Planes für Hamburgische Seeversiche„rungen und daraufgestützt wird, daß der hierin anerkannten Anzei„gepflicht des Versicherten nicht genügt sei, nun aber das Präjudiz „des Prämienverfalls und der Assekuranz-Annullirung keineswegs „dem Versicherten schon für den Fall angedroht ist, wenn er über„haupt nur eine ihm von dem Schiffer oder Ordregeber zugegangene, „von diesem muthmaßlich oder wirklich für erheblich und auf „den Abschluß der Assekuranz nicht einflußlos erachtete Mitthei„lung dem Versicherer anzuzeigen unterließ, sondern blos dann „dies Präjudiz eintritt, wenn solche Umstände unangezeigt bleiben, „welche nach vernünftigem Ermessen, also objektiv beurtheilt, „auf des Versicherers Entschluß von Einfluß sein konnten, da end„lich auf die bona fides des Versicherten und seiner Beauftragten, „sobald der unangezeigt gebliebene Umstand für relevant zu erach„ten ist, sowenig etwas ankommt, als entgegengesetzten Falles „auf deren mala fides."

5.

Ein am 25. März 1858 ergangenes Erkenntniß desselben Gerichtes in einer interessanten Assekuranzsache unterzieht die sub. 2 und 3 mitgetheilten Präjudize, denen vom Kläger und vom Hamburger Handelsgericht eine unrichtige Anwendung zu Theil geworden war, einer wiederholten Prüfung. Die für unsere Frage in Betracht kommenden Umstände des weitläuftigen Falles sind folgende:

Der Absender einer Ladung Kaffe in Jérémie auf Haiti hatte seinem Londoner Correspondenten den Auftrag ertheilt, die Ladung des bereits segelfertig auf der Rhede zu Jérémie liegenden Schiffes zu versichern. Der Brief, in welchem der Auftrag ertheilt wurde, enthielt eine Nachschrift vom nächsten Morgen des Inhalts „Widriger Wind hindert das Schiff am Absegeln; der Nordwind beginnt schlimm zu werden; das Schiff kann Gefahr laufen. Die Assekuranz darf keinen Augenblick aufgeschoben wer-

Hamburgischen Rechtssachen Bd. II. Abth. 2. Nro. 118. in Sachen Vermehren und Kleinschmidt c/a C. A. Auffm'Ordt.

den." Die Londoner Correspondenten beauftragen ein Hamburger Haus mit der Versicherung in Hamburg, theilen demselben von der Nachschrift des empfangenen Briefes aber Nichts mit. Die Assekuranz wird abgeschlossen. Das Schiff geht am selben Tag, von dem die Nachschrift lautete, an der Küste von Haiti verloren. Da die Versicherer wegen des verschwiegenen wichtigen Umstandes die Versicherungssumme verweigern, bringen die Londoner Correspondenten Bescheinigungen aus Jérémie bei, wonach zu der Zeit, als die Versicherten ihre Nachschrift schrieben und unmittelbar drauf den Brief absandten, der Wind noch keineswegs bedenklich war, sie führen zugleich zu ihrer Rechtfertigung an, sie kennten die Versicherten als außerordentlich ängstliche Leute und hätten daher die Nachschrift ihres Briefes für keiner Berücksichtigung werth erachtet, und völlig bona fide sie zurückgehalten.

Das Hamburger Handelsgericht legte den Versicherern den Beweis auf, daß zur Zeit, als der Brief von Jérémie abgesandt wurde, bereits Ereignisse eingetreten waren, die nach vernünftigem Ermessen auf den Entschluß der Versicherer von Einfluß sein mußten. Das Hamburger Obergericht dagegen wies die Klage definitiv ab, desgleichen das Oberappellationsgericht. Den Entscheidungsgründen des letzteren wird folgendes entnommen:

„Der Art: 15 des Hamburger Allgemeinen Planes stellt „Alles darauf, ob die unterlassene Anzeige nach vernünftigem „Ermessen auf den Entschluß der Versicherer hätte influiren kön„nen, nicht darauf, ob das Faktum, welches nicht angezeigt ist, „wenn es wahr gewesen wäre, diesen Einfluß gehabt haben „würde; er sieht also ganz davon ab, ob die Nachricht des Aus„wärtigen, welche der die Assekuranz Nachsuchende oder der Zwi„schenmann verschweigt, in Wahrheit gegründet war oder nicht, „gleichwie auch der Art. 13 die Verschweigung einer Nachricht „annullirend wirken läßt, sie möge eintreffen d. h. sich als wahr „bestätigen oder nicht.

„Dieser Grundsatz, welcher eng mit dem anderen zusam„menhängt, daß ein verschwiegener wesentlicher Umstand die As„sekuranz annullirt, gleichviel ob er mit dem eingetretenen Scha„den in einem Kausalzusammenhange stand oder nicht, ist denn

„auch, gleich wie dieser letztere, namentlich in der englischen Pra-
„xis und Jurisprudenz entschieden anerkannt,

Arnould Law of marine insurance I. p. 538

„und nie hat das O. A. Gericht sich in einem abweichenden Sinne
„ausgesprochen.

„Wenn daher Kläger als das aus den Entscheidungsgrün-
„den des O. A. Gerichts in Sachen Vermehren und Kleinschmidt
„c/a Auffm'Ordt *) resultirende Princip hinstellen:

„Die Versicherung ist gültig, wenn der Entschluß des
„Assekuradeurs mit dem wirklichen Thatbestande, wie
„er zur Zeit des Abgangs der Versicherungsordre objek-
„tiv erkennbar vorlag und wie er hätte geschildert werden
„sollen, um richtig geschildert zu sein, im Einklange steht“

„so beruht das auf einem offenbaren Mißverständnisse jener Ent-
„scheidungsgründe.“

Es wird dann auf die Entscheidung in Sachen J. A. Schmidt Söhne c/a Auffm'Ordt zurückgegangen **) und hervorgehoben, daß der einzige Unterschied zwischen dieser und der obigen Entscheidung der sei, daß die objektive Erheblichkeit der Anzeige, welche nicht gemacht wurde, in einem Falle der subjektiven Erheblichkeit in den Augen des Versicherers, im anderen Falle derjenigen in den Augen des ursprünglichen Ordregebers, welcher die Anzeige dem Zwischenmanne machte, entgegenstellt sei. Es heißt sodann weiter:

„Zu dem Satze, den die Kläger aus gedachter Entscheidung
„folgern, bot auch jene Sache gar keine Veranlassung dar. Und
„in der That würde er eine völlige Revolution in das Assekuranz-
„wesen bringen, indem nach dieser neuen Lehre derjenige, dem die
„Besorgung einer Versicherung übertragen worden, die ihm von
„seinem Mandanten gemachten Mittheilungen, und wären sie auch
„noch so wichtig für die Schätzung der zu übernehmenden Gefahr
„ohne unmittelbar eintretendes Präjudiz für die Assekuranz zu-
„rückhalten könnte, indem, wenn dadurch der Versicherer zur Ein-

*) s. o. Nro. 4.

**) s. o. Nro. 3.

„gehung des Kontraktes verleitet worden und ein Schaden entstan-
„den wäre, der Versicherte sich nur darauf zu berufen brauchte,
„daß jene Mittheilung unrichtig oder eine Uebertreibung gewe-
„sen sei, um — wie das Handelsgericht will — den Versiche-
„rer mit dem Beweise zu belasten, daß den versicherten Gegen-
„stand zur Zeit der Ertheilung des Versicherungsauftrages eine
„Gefahr wirklich bedroht habe, oder — wie die Kläger eigentlich
„nur beanspruchen — dem Versicherten den Beweis des Ge-
„gentheils nachzulassen; während es nach dem bisherigem Assecu-
„ranzrechte nur darauf ankömmt, wie die Mittheilung lau-
„tet, von welcher dem Versicherer keine Anzeige gemacht worden,
„weil die falsche ihn nach vernünftigem Ermessen
„ebenso von Eingehung des Vertrages abgehalten ha-
„ben würde, wie die wahre."

Nachdem sodann die Bedenklichkeit der fraglichen Nachschrift an sich, unter Erwägung aller faktischen Umstände, ausführlich erörtert worden, heißt es weiter:

„Die Kläger*) wenden zwar ein, die Londoner Correspon-
„denten hätten das Postskript, weil nur Ausdruck der ihnen be-
„kannten übertriebenen Aengstlichkeit ihrer Freunde zu Jérémie,
„für nicht der Anzeige werth erachtet. Allein nicht zu gedenken,
„daß dies Jeder vorwenden kann, der eine wichtige Mittheilung
„unterschlägt, so fordert der Art. 15 cit. die aufrichtige Anzeige selbst
„unzuverlässiger und zweifelhafter Nachrichten. Die Mittheilung
„„der Nordwind beginnt schlimm zu werden" war die Mitthei-
„lung einer einfachen Thatsache. Diese mußten die Londoner
„Correspondenten anzeigen. Glaubten sie Grund zu haben zu
„der Annahme, daß der Versicherte seiner persönlichen Natur
„nach in einem gewöhnlichen Winde einen werdenden Orkan er-
„blickt habe, so konnten sie sich darüber gegen die Kläger aus-
„sprechen und diese ersuchen, bei den Assekuradeuren davon geeig-
„neten Gebrauch zu machen. Hielten sie daher aus diesem Grun-
„de die Mittheilung selbst zurück, so thaten sie es auf ihre eigene
„und ihrer Freunde Gefahr."

*) Als Kläger trat das Hamburger Haus auf, welches die Versicherung abgeschlossen.

# XI.

# Der Kauf auf Probe oder auf Besicht.

Vom

Herausgeber.

(Schluß des Aufsatzes Nro. V. im ersten und Nro. IX. im zweiten Heft.)

## Zweiter Abschnitt: Das heutige Rechtsinstitut.

### Cap. I. Das ältere Deutsche Recht.

#### I. Im Allgemeinen. Perfection und Gefahrs-übergang.

§. 28.

Es war die Aufgabe des ersten Theils dieser Abhandlung, den Inhalt der Römischen Rechtsquellen, von allen überlieferten Irrthümern befreit, in seiner Reinheit darzulegen. Als wesentlichstes Resultat ergab sich die Existenz zweier durchaus verschiedener, wenngleich in ihren praktischen Zwecken einigermaaßen verwandter Rechtsinstitute, von welchen das eine, die degustatio, eine sehr beschränkte Anwendung beim Weinhandel fand, das zweite, der Handel nach Belieben, in sehr mannigfachen juristischen Formen auftretend, vorzüglich geeignet war, einem wichtigen allgemeinen Verkehrsbedürfniß zu genügen.

Unser heutiger Rechtszustand beruht auf der Mischung einheimischer und Römischer Elemente. Ob auch in unserer Lehre, und wieweit sich hier bereits zur Zeit der Aufnahme der

letzteren eigenthümliche einheimische Rechtsregeln ausgebildet hatten, werden wir zunächst zu prüfen haben.

## §. 29.

Die beiden dargestellten Institute des Römischen Rechts stehen in engster Beziehung zu den Rechtsnormen über den Zeitpunkt der Perfection des Kaufs, den Uebergang der Gefahr, den Umfang und die Dauer der Gewährleistung. In allen diesen Punkten finden sich so durchgreifende Unterschiede zwischen dem Justinianeischen Recht und denjenigen Grundsätzen, welche sich bis zur Reception desselben in Deutschland ausgebildet hatten, daß das praktische Bedürfniß, welchem die Römischen Institute entsprungen sind, sich nicht gut in denselben Formen befriedigen konnte.

Im klassischen Römischen Recht hat der Kauf seine ehemalige Realvertragsnatur (vgl. oben S. 80) völlig abgestreift, obligatorische und dingliche Elemente sind völlig von einander gesondert. Der obligatorische Vertrag als solcher ist perfect und an sich unwiderruflich, sobald die Betheiligten sich in beliebiger formloser Weise über Waare und Preis geeinigt haben. In diesem Moment geht die Gefahr der verkauften species, mag sie vorliegen oder nicht, auf den Käufer über. Durch die Deutschen Rechtsquellen dagegen zieht sich das Prinzip hin, daß der Kauf nur dann vollkommen bindend sei, wenn derselbe von beiden Seiten, oder doch von einer durch Zahlung des Kaufpreises oder durch Uebergabe der Waare erfüllt, oder auch nur eine arrha (Weinkauf, Leitkauf, Leikauf, Gottespfennig) gegeben worden. Bis dahin ist der Vertrag nicht allein unbeweisbar, sondern auch von beiden Seiten frei widerruflich[1]).

---

1) Quellen bei Warnkönig Französische Rechtsgeschichte II. S. 516. 520. 562. 563. Schäffner Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs I. S. 286. III. S. 252. Rosenvinge Grundriß der Dänischen Rechtsgeschichte, übersetzt von Homeyer §. 56. 108. Stiernhöök De jure Sueonum et Gothorum vetusto S. 231. 235 ff. Stobbe zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts S. 34. 58. 108 ff. 277 ff. Noch jetzt Englisches Recht: New Commentaries

In der Uebergabe der Sache liegt nun ein Doppeltes: einmal und vorzüglich die Ausschliessung der bisherigen thatsächlichen Herrschaft des Verkäufers durch den neuen Besitz des Käufers; sodann die unmittelbare Gegenwart des Kaufgegenstandes, welche es dem Käufer möglich macht, über dessen Beschaffenheit ein sicheres Urtheil zu fällen. Beides braucht nicht nothwendig zusammenzufallen, namentlich nicht beim Tageskauf, wo Abschluss des Vertrags über einen vorliegenden Gegenstand und dessen Uebergabe an den Verkäufer gar häufig in verschiedenen Zeitpunkten stattfinden[2]), also zwar Abschluss des Vertrags und Gegenwart der Waare, nicht aber auch Uebergabe der letzteren regelmässig coïncidiren. Dagegen beim Lieferungskauf fallen zwar Gegenwart und Uebergabe der Waare meist zusammen, selten aber die erste und niemals die letzte mit dem Abschluss des Vertrages. Finden wir daher in dem Prager Stadtrecht art. 14 (Rössler S. 11) den Lieferungskauf untersagt, so ist dies Verbot wohl nicht lediglich aus handelspolizeilichen Rücksichten, sondern ebenso sehr als Ausfluss altgermanischer Rechtsanschauung zu erklären. In den nordischen Handelsstädten hat sich freilich schon früh eine freiere Auffassung Bahn gebrochen. Bereits das Hamburger Stadtrecht von 1270 gestattet den Lieferungskauf ausdrücklich[3]).

---

on the laws of England (partly founded on Blackstone) by H. J. Stephen book II. part. II. chap. V. (2. edit. London 1848. Vol. II. p. 60 ff.)

2) Kopenhagener Stadtrecht von 1294 (Rosenvinge §. 108. not. a): Sed si aliquis emerit rem, quam prius viderat, et bibit Lichköp, emtor solvet quod emit. Vgl. auch König Christoph's Stadtrecht art. 27 (Westphalen Monumenta inedita IV. 2020).

3) Queme over een man in de stadt vor syneme gude, vnde vorkoft it ere it queme, dat mot wol syn. (Bei Lappenberg VI. 27.) Ebenso Statut von 1292. G. 22, von 1497 L. V., und Lübisches Stadtrecht: Hach. III. 322. Ueber Lieferungskäufe in Danzig während des 15. Jahrhunderts vgl. Th. Hirsch Danzig's Handels- und Gewerbsgeschichte unter der Herrschaft des Deutschen Ordens. Leipzig 1858. S. 263, 264.

Der Zeitpunkt der Uebergabe ist zugleich der des Gefahrsüberganges[4]), indessen fügt das Norwegische Recht hier eine bemerkenswerthe Modification für den Fall hinzu, daß der Käufer die Sache bereits vor der Uebergabe gesehen hat[5]). Hier wird schon angedeutet, daß auch die Gegenwart des Kaufgegenstandes bei Abschluß des Kaufvertrags ein für sich bedeutungsvolles juristisches Moment darstellt.

## II. Insbesondere: 1) Haftung für Gewährsmängel. Die Probezeit.

### §. 30.

Noch schärfer tritt dies hervor, wo die Haftung für Gewährsmängel in Frage steht. Der germanische Grundsatz ist bekanntlich der des älteren Römischen Rechts: Der Verkäufer haftet nur, sofern er bestimmte Eigenschaften zugesagt, oder vorhandene erhebliche Mängel wissentlich verschwiegen hat, und auch dann nur, wenn ihm innerhalb kurzer Zeit — die übliche Frist beträgt 3 Tage, mitunter bis 30 Tage — der Mangel angezeigt wird. Der Käufer mag sich selbst vorsehen: caveat emptor[6]).

---

4) Stobbe a. a. O. S. 278—284.

5) Leges Gulathingenses Kaupa-Bolkr. cap. XVII (ed. Arna Magn. Hauniae 1817 p. 505). In der lateinischen Uebersetzung: De emtione rerum non visarum. Si quis rem antea a se non visam ab altero emerit, ejusdem periculo obstrictus est venditor, usque donec eadem emtori — tradita fuerit. Allgemein ohne diese Beschränkung eod. cap. XVI.

6) Cropp in den Juristischen Abhandlungen Bd. I. no. 11. Sachsenhauser die Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Hausthiere nach Deutschem Recht. München 1857. S. 3—27. G. Hoffmann im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft IV. S. 184 ff. Außer den dort angeführten Quellen vgl. Ine's Gesetze cap. 56 und die Eidesformeln Anhang X. 7. 9. (R. Schmid die Gesetze der Angelsachsen 2. Aufl. 1858. S. 49. 407. 409). Soester Schraa von 1548 art. 11. — so sollen de Marcket-Lüde und gemeine Koip-Lüde er Gudt alle Market-Dage tho der Bank vele brengen und un-

Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß die Waare bei Abschluß des Vertrages oder doch vor der Uebergabe hat besehen werden können[7]). Daher der stattgefundene Besicht mitunter allein[8]), mitunter nur in Verbindung mit demnächstiger Uebergabe[9]), jeden späteren Rückgriff auf den Verkäufer ausschließt. Der Besicht findet regelmäßig statt beim Verkäufer: die Waare wird dem Käufer zum Besicht vorgelegt.

Diesem Besicht entsprechen nur theilweise die Probetage, welche in den Nordischen Rechtsquellen beim Sklaven- und Viehhandel erwähnt werden.

Die Probezeit kann einen zwiefachen juristischen Sinn haben. Einmal kann darunter die gewöhnliche Redhibitionsfrist verstanden werden, da diese ja stets dazu bestimmt ist, dem Käufer die nähere Prüfung der Waare zu ermöglichen. In diesem Falle ist die Rückgabe nur wegen der gesetzlich anerkannten Gewährsmängel gestattet, und der Verkäufer vermag durch eidliche Erhärtung seines Nichtwissens sich vor der Rücknahme zu schützen; nach Ablauf der Probezeit ist die Redhibition gänzlich ausgeschlossen.

Oder die Rückgabe während der Probezeit ist wegen jeden Mangels, ja schlechthin nach dem Belieben des Käufers, zulässig,

---

sern Burgern geboirlichen und redelichen Koip geven. und ock dem Gude tho geven sinen rechten Namen. up dat ein itlich unbedrogen blive. (Seibertz Urkundenbuch II. S. 411) Brünner Schöffenbuch 278. (Rößler Deutsche Rechtsdenkmäler II. S. 128.

7) Im Münchener Stadtrecht art. 163 (Auer S. 64) verantwortet sich der wegen Fehler des verkauften Pferdes belangte Verkäufer: — ich han im daz ros nicht anders geben, dann er daran gesehen hat. Ebenso Kaiser Ludwig's Bayrisches Landrechtbuch art. 244. (Freyberg Sammlung IV. S. 469) und Stadtrecht von Freising (Freyberg V. S. 213).

8) Hamb. Stadtrecht von 1270 VI. 27. alin. 6—8.; von 1292. G. XXII. alin. 7—9. Lüb. Stadtrecht bei Hach II. 239; III. 322 alin. 6—8 Wiener Stadtrecht (Rauch III. S. 180. 182).

9) Hamburger Stadtrecht von 1270. VI. alin. 4. 5; von 1292 G. XXII. alin. 4—6; von 1497 L. 5. alin. 4. M. 13. Lüb. Stadtrecht bei Hach III. 322. alin. 3. 4.

und nach Ablauf derselben ist noch die gewöhnliche Redhibition wegen gesetzlicher Mängel unter den gewöhnlichen Voraussetzungen statthaft. In diesem letzten Fall ist der Käufer vor Ablauf der Probezeit, ungeachtet der Uebergabe, an den Handel nicht gebunden: es liegt ein Handel nach Belieben vor.

Diese zwiefache Bedeutung der Probezeit tritt in dem Rechtsbuch der Insel Gothland klar hervor. Beim Kauf eines Knechtes hat der Käufer 6 Probetage; am 7ten muß der Knecht bezahlt oder zurückgegeben werden, sofern er dem Käufer nicht gefällt. Nach Ablauf der Probezeit haftet der Verkäufer noch ein ganzes Jahr lang für drei Fehler, und, so lange er lebt, für nachtheiliges Gerücht, d. h. wegen schwerer Verbrechen des Knechts [10]. Für Vieh dagegen gibt es nur drei Probetage, während derer die Redhibition wegen bestimmter Fehler gestattet, nach deren Ablauf sie gänzlich ausgeschlossen ist [11].

Im Schwedischen Recht hatten die Probetage (frästmark) für Vieh wohl dieselbe Bedeutung, welche wir für die Probetage des Gothländischen Rechts bei Knechten kennen gelernt haben [12]. Stiernhöök S. 232. 233 bezeichnet den so abgeschlossenen Kauf als emptio sub conditione experiundi ad certum tempus — quum esset poenitentiae locus, et liceret emendare errores proprios, cavere alienos. Nur für Verträge zwischen Einheimischen und Fremden, die entweder vor Zeugen oder auf öffentlichem Markt geschlossen waren, galt die Regel nicht: sibi ipsis enim imputandum, quod non essent cautius mercati.

## 2. Das Reugeld.

### §. 31.

Endlich finden sich auch andere Mittel, Uebereilungen entweder zu verhüten, oder doch möglichst unschädlich zu machen.

Dahin gehört der mehrfach erwähnte Rechtssatz, daß ein

10) Gleich dem Römischen furtis noxisque solutum esse l. 1. pr. D. de aedil. ed. (21,1) vgl. Gutalagh (ed. Schildener) cap. 48.

11) Gutalagh cap. 48—46.

12) Anders Cropp a. a. O. S. 167. not. 10.

geschlossener Handel bis zum Auseinandergehen beider Theile, ungeachtet der gegebenen oder empfangenen arrha, von beiden Seiten widerruflich sein solle. So namentlich im Lübischen Recht:

> Justitia Lubecensis von 1158 (Westphalen Monum. ined. III. 629) Si quis denarium sancti spiritus super contractu vel mercatione aliqua quantumcunque excellente vel mediocri erogaverit, idem est ac si mercipotum dederit. Si vero uni eorum emtio displicet antequam pedem mutaverit, denarium sancti spiritus aut restituere aut recipere poterit, quod pede mutato facere neuter eorum poterit.
>
> Lüb. Recht nach dem Codex von 1294 (Hach II. 117). So we so deme anderen gift des hileghen gheystes penninch up eenen Koop oder up en lovede, dat is also stede alse sé hebbe den litkop gegheuen [13]) it ne si also dat er en den penning weder gheue oder de andere eme weder esche er se sic vullen scheden.

Ebenso Revid. Lüb. Recht III. 6. art. 6 und andere norddeutsche und Dänische Stadtrechte [14]). Das bezeugt auch Stiernhöök als altes Recht für den Verkauf von Königsland [15]). —

Nach vielen Stadt- und Landrechten trägt sogar die arrha schlechthin den Charakter eines Reugeldes, so daß gegen deren Verlust der Rücktritt unbeschränkt oder doch innerhalb gewis-

---

13) In einem Codex der Hamburger Stadtbibliothek (U. bei Hach) heißt es statt des folgenden noch deutlicher: so verne de ene dem anderen den godes penningh nicht wedder en deyt er se sick scheyden van der stede dar se den kop maken.

14) Vgl. Statut, von Ripen von 1269 art. 79 (Westphalen Monum. IV. 2006), von Flensburg von 1284 art. 44. (Westphalen IV. 1913), und die bei Rosenvinge §. 108. not. c. angeführten. Ausdrücklich verneint im Wiener Stadtrecht (Rauch III. S. 177).

15) S. 284: Sed tamen, si venditionis eum poenituisset, antequam alterum pedem a limine non extulisset, habebat regressum in integrum: secus, si utrumque eliminasset.

ser Fristen gestattet ist[16]). Sehr sorgfältig ausgebildet, mit gesetzlicher Fixirung des Reugelds, ist auch dieses Institut im Schwedischen und Dänischen Recht — im Zusammenhang mit der älteren Germanischen Anschauung, daß nur der beiderseitig erfüllte Kauf vollkommen stet sei[17]).

Eigenthümliche Regeln über das „Wandelbingen“ bei Kaufgeschäften über Immobilien enthält das Münchener Stadtrecht für Ingolstadt art. 448 (Auer S. 170. Vgl. Einl. p. XLI.)

### Im Römischen Recht. Verhältniß zur Conventionalstrafe.

### §. 32.

Man hat nicht selten versucht, die s. g. arrha poenitentialis schon in den Römischen Rechtsquellen zu finden und die Germanischen Principien durch das Corpus Juris zu stützen — allein dieses enthält von derselben keine Spur. Es wird nicht unfruchtbar sein, diesen noch immer nicht genügend erörterten Punkt festzustellen[18]).

Beim Rücktritt von Verlöbnissen verwirkte der schuldige Theil die gegebene oder empfangene arrha, und mußte, wenigstens nach späterem Recht, die empfangene sogar doppelt restitu-

---

16) Statut von Hadersleben von 1292 art. 30 (Westphalen IV. 1982). Jus. Slesvic. cap. 51. 52. Stadtrecht von Copenhagen von 1443 art. 26. (Westphalen IV. 2020). v. Bunge das liv- und esthlaendische Privatrecht. 2. Aufl. I. S. 507. Würtemb. Landr. II. 9. §. 20. Preuß. Landr. von 1721. lib. 4. 6. tit. 6. tit. 7. §. 3. Code civil art. 1590. Anders Codex Maxim. Bavaricus IV. cap. 1. §. 11. Allgem. Landrecht I. 5. §. 210 ff. 311 ff. Oester. Bürgerl. Gesetzb. art. 909. 910. Span. Handelsgesetzbuch art. 379. Brasil. Handelsgesetzbuch art. 218. Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuches art. 268. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich. § 1395—1397. Vgl. auch Rosenvinge §. 57. 108 und Mittermaier Deutsches Privatrecht II. §. 280. Ueber das Sächsische Recht Gottschalk Selecta disceptationum forensium capita II. cap. 30.

17) Stiernhöök S. 235. 236. Rosenvinge §. 56. not. a. §. 108 not. a.

18) Vgl. auch Thöl Der Verkehr mit Staatspapieren S. 208—218.

iren[19]). Doch war die Rücktrittsbefugniß keineswegs eine Folge der arrha, sondern der Verlust der letzteren eher eine Abweichung von dem strenge festgehaltenen Grundsatz, daß jeder auch nur indirecte Zwang zur Realisirung des Verlöbnisses für unstatthaft erachtet wurde. Durch die arrha wurde die bindende Kraft eines Verlöbnisses verstärkt, nicht abgeschwächt.

Dasselbe gilt von den Kaufverträgen, welche wegen verabredeter aber noch nicht vollzogener schriftlicher Abfassung nach Vorschrift Justinian's für unverbindliche Tractate zu erachten sind — auch hier versteht sich der freie Rücktritt beider Theile von selbst, mag eine arrha gegeben sein oder nicht; durch die Leistung derselben wird der sonst ganz freie Rücktritt erschwert, weil der zurücktretende Geber sie verliert, und der zurücktretende Empfänger sie doppelt restituiren muß[20]).

---

19) l. 38. pr. D. de ritu. nupt. (23,2) l. 6. C. Th. 3,5; l. 3. 5. C. de sponsal. (5,1).

20) l. 17. C. de fide instrum. (4,21) pr. J. de emt. vend. (3,23). Wenn Viele, unter den Neueren namentlich Glück IV. §. 313. XVI. §. 982. Treitschke Kaufvertrag S. 71, und v. Savigny Obligationenrecht II. §. 79, behaupten, daß dieser Grundsatz auch bei den ohne vorbehaltene Form geschlossenen Verträgen gelte, und darunter entweder bloße Tractate, oder bedingte, oder gar vollkommen perfecte Verträge verstehen, so stehen ihnen dafür die Quellen keineswegs zur Seite. Nicht, wie Savigny bemerkt, in beiden Verordnungen, sondern nur in den Institutionen kommen die Worte vor „sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est"; die Codexstelle enthält dafür folgenden Satz „si quae arrhae super facienda emtione cujusque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis". In dem Originalgesetz ist also, wie auch aus dessen sonstigem Inhalt mit Sicherheit hervorgeht, gar nicht von einem mündlichen ohne Vorbehalt der schriftlichen Abfassung geschlossenen Vertrage die Rede, sondern nur von einem Vertrage, welcher zwar mündlich oder in einer schriftlichen Punctation geschlossen ist, aber verabredetermaßen in einer förmlichen schriftlichen Urkunde niedergelegt werden soll, und welchem mündliche oder schriftliche Verabredungen über eine zu leistende und demnächst wirklich geleistete arrha beigefügt sind. (Eine schriftliche Feststellung der arrha hat übrigens neben einem rein mündlichen Vertrage nichts Auffallendes, noch weniger in einer schriftlichen

Abgesehen von diesen beiden Fällen einer arrha pacto imperfecto data erscheint die arrha stets nur als Bekräftigung und Pfand eines vollkommenen bindend geschlossenen Vertrages [21]). —

Nicht selten allerdings wird beim Kauf der lex commissoria mit der Wirkung gedacht, daß beim Verfall der säumige Käufer auch die gegebene arrha verlieren solle [22]) — allein die Natur eines Reugeldes [23]), dessen wahres Wesen ja darin besteht, daß durch dessen Leistung sich der Geber von seiner Verpflichtung zur Erfüllung beliebig losmachen darf, trägt sie um so weniger, als ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Geltendmachung der

---

Punctation). In der Institutionenstelle nun hat Justinian sicherlich nur den Inhalt seines früheren Gesetzes wiedergeben wollen, auf welches er hier ausdrücklich verweist, und dessen Inhalt er zum Theil wörtlich referirt. Auch in der Institutionenstelle handelt es sich nur um schriftlich abzufassende Verträge: von den übrigen erklärt Justinian ausdrücklich nihil a nobis in hujusmodi conventionibus innovatum est, während doch die von den Gegnern behauptete Natur der arrha bei solchen Verträgen eine entschiedene Neuerung gewesen wäre. Hienach können die Worte „sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est" nichts anderes bedeuten, als die obenangeführten Worte des Codex, nämlich: gleichviel ob über die arrha schriftlich oder mündlich (bei der schriftlichen oder mündlichen Punktation des Kaufvertrages) etwas ausgemacht ist. Die entgegengesetzte Auslegung beschuldigt nicht allein Justinian eines „wenig überlegten" Verfahrens, sie bringt auch in die Institutionenstelle selbst, wie zwischen diese und das Originalgesetz im Codex, einen unlösbaren Widerspruch — während bei unserer Auslegung nur ein zweideutiger Ausdruck zu rügen bleibt. Zu einer analogen Ausdehnung der Justinianeischen Vorschrift aber liegt kein Grund vor.

21) Gaius III. 139. pr. J. de emt. vend. (3,23). l. 35. pr. D. de C. E. (18,1). l. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19,1). l. 5. §. 15. D. de inst. art. (14,3). l. 2. C. quando liceat ab emt. (4,45). l. 3. C. de A. E V. (4,49). vgl. auch l. 3. 6. C. de resc. vend. (4,44).

22) l. 6. pr. l. 8. D. de lege comm. (18,3). Auch in l. 1. C. de pactis inter emt. (4,54) ist nur davon — nicht, wie Sintenis Civilrecht II. S. 308. not. 10. will — von einem Reugeld die Rede.

23) Wie neuerdings wieder Muther behauptet: Sequestration und Arrest S. 380.

lex commissoria schlechthin im Belieben des Verkäufers, d. h. des Empfängers, steht [24]). Die arrha erscheint hier als eine im Voraus gegebene Conventionalstrafe.

Demungeachtet können ausdrückliche Abreden der Art bei den Römern sehr wohl vorgekommen sein, und durch Ausbedingung von Conventionalstrafen ließ sich unter Umständen dasselbe materielle Resultat erzielen.

War nämlich auch nicht ausdrücklich verabredet, daß der Schuldner gegen Erlegung eines Reugeldes von seiner Verbindlichkeit frei sein solle [25]), so konnte dies doch indirect erreicht werden: einmal durch jede einer unbedingten Hauptstipulation beigefügte Pönalstipulation [26]), sodann durch eine bedingte Fassung der mit der Strafstipulation in Eine Stipulation zusammengezogenen Hauptobligation [27]). Denn in beiden Fällen hing es ja nur vom Schuldner ab, durch Verweigerung der Hauptleistung den Gläubiger zu nöthigen, sich mit der Strafe zu begnügen. Die letztere erschien somit als ein zwar nicht im Voraus gegebenes, aber doch versprochenes Reugeld. In allen anderen Fällen trug freilich die Conventionalstrafe einen dem Reugeld

---

24) l. 2. 3. 6. pr. D. de lege commiss. (18,3).

25) Alsdann wäre die Leistung in obligatione, das Reugeld in solutione gewesen. v. Vangerow Pandekten III. S. 365. a. E.

26) Durch diese wurde die Hauptobligation im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung gleichsam novirt und blieb nur in solutione, die Strafe allein in obligatione. Z. B. fundum Tusculanum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes? l. 44. §. 6. D. de O. et A. (44,7). l. 71. l. 85. §. 3. l. 115. §. 2. l. 137. §. 7. D. de V. O. (45,1). l. 1. §. 8. D. ad leg. Falcid. (35,2). l. 24. D. quando dies leg. (36,2). §. 7. J. de V. O. (3,15). Vgl. Liebe, Die Stipulation S. 309 ff. v. Vangerow III. S. 362 ff. v. Savigny, Obligationenrecht II. §. 80.

27) Hier war sogleich die Strafe allein in obligatione, die Hauptleistung nur in solutione. Z. B. Si fundum Tusculanum non dederis, centum dare spondes? l. 44 §. 5. D. de O. et A. (44,7) l. 68. l. 115. §. 2. l. 122. §. 2. D. de V. O. (45,1). l. 46. D. mandati (17,1). Savigny a. a. O.

gelb entgegengesetzten Charakter, und dieser letztere ist gegenwärtig entschieden der regelmäßige[28]).

### 3. Die Schau und verwandte Institute.

### §. 33.

In einigen Stadtrechten wird des Kaufs mit der Schau gedacht.

Nürnberger Reformation von 1564 tit. 16.

Ges. 3. Von Gütern oder Wharen, die der Schaw oder Prob bedörffen.

So Güter oder Wharen, die der Schaw, Prob, oder Bewerung bedürfen, alle Specerey und anders, on besondere geding verkauft werden, So ist der Keuffer die angunemen nit schuldig, die seyen dann zuvor auf der ordentlichen schaw und Prob gerecht und als Kaufmannsgut gefunden worden. Und so vor solcher Schaw, Prob und Bewerung, das verkauft gut gergert oder beschedigt wurde, denselben schaden tregt der Verkeuffer und nit der Keuffer.

Gesetz 4.

Alin. 3. Wurden dann Schwein, oder andere dergleichen Thier, die der Schau bedörfen, verkauft, die sollen durch die schaw dem Keuffer gefertigt werden, und die werschaft viertzehn tag, wie oblaut, besteen.

Aehnlich schon die Reformation von 1484 tit. 28 Ges. 2. 3.

Frankfurter Reformation von 1611 Th. II. tit. 9.

§. 7. Schwein und andere Thier, so mit der Schauw pflegen verkaufft zu werden, obgleich dieselbige Schauw geschehen: So soll doch der Verkäuffer, bey uns herkommenem Gebrauch nach, wann solche Schwein zum Einlegen und der Mast verkaufft werden, auff vier Wochen lang, Wann sie aber zur Schlacht verkaufft, auf drey Tage lang, Wehrschafft zu thun schuldig seyn.

---

28) Savigny u. Vangerow a. a. O. Vgl. auch O. A. G. zu Cassel in Sachen Brand c/a Althoff (1828) und Lenderoth c/a Hense (1836) bei Strippelmann Sammlung V. S. 82. (Seuffert's Archiv III. no. 42).

§. 8. Sonst andere ansehnliche Kauffmanns-Waaren, als Gold, Silber, Granalien, Perlen, auch geringere Waaren, so im Verkauffen und Kauffen, auch ihre Proben, Liefferung, und sondere Ordnung und Satzungen, von Alters allhie haben: Lassen wir es bei denselben noch zur Zeit bleiben. —

Vgl. auch die gleichlautende Redaction von 1578. Th. II. tit. 9. art. 7. 8.

Die Schau oder Probe ist eine handelspolizeiliche Einrichtung, welche im Interesse der Redlichkeit des Verkehrs und des guten Rufs eines Handelsplatzes ehemals in großem Umfang geübt zu werden pflegte, und auch noch gegenwärtig für einzelne Waarengattungen üblich ist [29]). Die Prüfung der dafür eingesetzten Behörde, des Schauamts, erstreckt sich theils auf die Beschaffenheit der Waare, theils auf die Richtigkeit der angegebenen Maaße und Gewichtsmenge, theils, bei Ausfuhrartikeln, auch wohl auf die zweckmäßige Verpackung. Die vom Schauamt ausgehende schriftliche oder mündliche, mitunter auch der Waare durch Stempel oder sonstige Zeichen erkennbar aufgeprägte Erklärung gewährt dem Käufer eine mehr oder minder vertrauenswürdige Garantie ihrer Tüchtigkeit.

Wurden nun Waaren, bei welchen nothwendig oder in der Regel die amtliche Schau stattfand, ohne vorgängige Schau und ohne besondere Abrede veräußert, so durfte der Käufer deren nachträgliche Vornahme verlangen, und war zur Abnahme nur alsdann verpflichtet, wenn sich bei der Schau die Waare als Kaufmannsgut erwies [30]). Bis dahin galt der Handel als imperfect, und alle Gefahr trug der Verkäufer. Andererseits wurde durch die stattgehabte Schau der Verkäufer nicht schlechthin von jeder ferneren Haftung frei; wenigstens findet sich beim Viehhandel

29) Roth Geschichte des Nürnbergischen Handels Theil IV. S. 209—247. (Orth) Anmerkungen über die erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt. Theil III. S. 21—27. Reichspolizeiordnung von 1577 tit. 24. Hüllmann Städtewesen des Mittelalters I. S. 253 ff. IV. S. 100 ff. Fr. Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft S. 488—490.

30) Roth a. a. O. S. 224. 245.

noch eine weitere dreitägige bis vierwöchentliche Redhibitionsfrist gestattet [31]).

Der Handel mit der Schau unterscheidet sich also auch in privatrechtlicher Hinsicht sowohl von dem Römischen Weinhandel mit degustatio, als von dem Römischen Handel nach Belieben: von dem ersten namentlich dadurch, daß der Handel bis zur Schau, welche, wie dort, als stillschweigend ausgemacht gilt, imperfect bleibt; von dem zweiten darin, daß ein willkührlicher Rücktritt nicht statthaft ist.

Eine Art der Schau ist die im Ostseehandel vorkommende „Brake" für Holz, Asche, Theer, Pech, Hopfen, Flachs ꝛc. [32]). Ferner gehört hierhin der von Marquardt De jure mercatorum lib. II., cap. 9. nr. 37 erwähnte Lübeckische Gebrauch beim Verkauf von Bier: Sic Lubecae in venditione cerevisiae, quae forsan postea acescit, aut deterior fit, non prius periculum ad emtorem pertinet, quam venditor probationis schedula, mit der Rothprob Zettel, demonstravit eam ipsam cerevisiam ab aestimatoribus publicis pro bene cocta et bona habitam; und die Bestimmung der Mainzer Rentenordnung von 1601 [33]), daß kein Faß Wein zum Verkaufe angezapft werden dürfe, bevor sich die Rentendiener „durch Kostung und Versuchung" davon überzeugt, daß der Wein „aufrichtig Kauffmannsgut" sei.

## Cap. II. Das neuere Recht.

### I. Mischung Römischen und Deutschen Rechts. Die Praxis bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhunderts. Terminologie.

### §. 34.

Mit dem Eindringen der Römischen Lehre von der Perfection des Kaufvertrages, von der Gefahrstragung, und im We-

31) Vgl. auch Landrecht von Ober- und Niederbaiern von 1616. Tit. 6. Art. 4.

32) Z. B. Neurevidirte Willkühr der Stadt Danzig von 1761, Th. III. cap. 9. art. 15—20, und namentlich Th. Hirsch, Danzig's Handels- und Gewerbegeschichte unter der Herrschaft des Deutschen Ordens S. 215—218.

33) Bei Schirges Der Rheinstrom. Mainz 1857, S. 15 ff.

sentlichen auch von der Gewährsleistung mußten nothwendig die so eben dargestellten Germanischen Grundsätze, soweit sie gemeinrechtlich waren, die bisherige Geltung verlieren; keiner derselben war ausgebildet genug, den Römischen Normen den Weg zu sperren, viele unter ihnen ohnehin den letzteren so verwandt, daß ein Uebergang ohne Schwierigkeit erfolgen konnte; nur particularrechtlich mochte sich der eine oder andere, insbesondere unter den ohnehin particulären Sätzen, erhalten. Den Bedürfnissen des Verkehrs, welche die Römischen Institute hervorgerufen hatten, mußte man nun auch in Deutschland mittelst dieser gerecht zu werden suchen. In der gesammten Deutschen Rechtslitteratur, welche sich an die Römischen Rechtsquellen anlehnte, findet sich keine Spur einer entgegengesetzten Ueberzeugung, zugleich freilich — wie deren ausführliche Beleuchtung im ersten Abschnitt dieser Abhandlung erwiesen hat [1]) — eine durchgängige Vermischung der beiden Römischen Rechtsinstitute, und nur allzu häufige Mißverständnisse der Römischen Quellen, welche großentheils auf Rechnung dieser Vermischung zu setzen sind. Daher und wegen abweichender Verkehrsverhältnisse hat denn auch das eigenthümliche Institut der degustatio in unser einheimisches Rechtsleben keinen Eingang gefunden, nur einzelne Sätze aus demselben, z. B. das Subintelligiren des Prüfungsvorbehalts, sind hin und wieder [2]) auf das allein recipirte Institut des Kaufs nach Belieben übertragen worden.

Ueber die Thatsache dieser Reception fehlt es nicht an interessanten Zeugnissen. Bereits um die Mitte des vierzehnten Jahrhunderts finden wir der Entscheidung eines Rechtsstreits über die Gefahrstragung beim Weinhandel die l. 1. D. de. P. et. C.

---

1) Vgl. namentlich §. 2 und 3 dieser Abhandlung.

2) Vgl. §. 3, not. 9. 10. §. 14. not. 70. Andrerseits werden wir heute auch keinen Anstand nehmen, die Grundsätze des ädilitischen Edicts auf den Weinhandel anzuwenden, sofern nicht particuläre Ausnahmen sich nachweisen lassen. Die Deutsche Praxis hat diese Prinzipien stets uneingeschränkt auf alle Arten von Sachen angewendet.

(18,6) wörtlich zu Grunde gelegt [3]). Zwei vorzugsweise für Nichtjuristen schreibende Schriftsteller des 18ten Jahrhunderts bemerken, daß über die Gefahrstragung viel Streit zu herrschen pflege, wenn „auf vorhergehende Kostung und Geschmack" gekauft sei [4]). Das Nürnberger Handelsgericht erkannte 1735 dahin, daß wenn Jemand ihm „auf die Prob zugesandte Wahren oder Sachen zwei, drei und mehrere Tage behält, solches pro tacita renuntiatione der Schau und der redhibitoria in favorem Commerciorum geachtet werden kann — wohin auch der auf die Prob oder ad gustum verkaufte Wein zu erachten ist" [5]).

Ohne allen Einfluß sind jedoch die Germanischen Rechtsgrundsätze nicht geblieben. Denn wenn wir sehen, daß, ungeachtet der Autorität des Azo und des Accursius, die unrichtige Lehre von der suspensivbedingten Natur des s. g. Kaufs ad gustum in der Praxis die weitaus überwiegende Verbreitung gefunden hat [6]), so mag darauf wohl die ältere Deutsche Ansicht hingewirkt haben, daß vor stattgehabtem Besicht der Handel noch nicht perfect sei.

Auch gewährt uns hierüber die Geschichte der Terminologie nicht uninteressante Aufschlüsse.

Bis in dieses Jahrhundert hinein war die vorherrschende Bezeichnung des Handels nach Belieben der quellenwidrige Ausdruck „Kauf ad gustum"; diesem verwandt die Ausdrücke „sub gustatione" „ad degustationem" „ad degustandum". „aufs Kosten" „bis zum Kosten" „gegen Auskostung." Die Ausdrücke „auf (die) Probe" und „auf Besicht" kommen

3) Brünner Schöffenbuch 286. (Rößler, Deutsche Rechtsdenkmäler II. S. 131.)

4) Marperger, Neueröffnetes Handelsgericht S. 299. v. Rohr, Haushaltungsrecht 2. Aufl. S. 1397. (lib. XI. cap. I. §. 15.) Vgl. auch (Orth) Anmerkungen über die erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt, Th. II. S. 218.

5) Commentatio succincta in Codicem juris statutarii Norici, oder im Jahr 1564 verneuerte — mit Anmerkungen und Präjudicien erläuterte Nürnbergische Reformation. (Nürnberg 1787.) Theil II. S. 66.

6) Vgl. oben §. 3. not. 8.

zwar bereits in den Römischen Rechtsquellen vor [7]), doch sind sie wohl keine Uebersetzung der Römischen. Den einen finde ich zuerst in dem eben erwähnten Nürnberger Erkenntniß, und sodann in dem gedruckten „Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten“ (1787), aus welchem er in das Allgemeine Landrecht und in andere Gesetzbücher übergegangen ist. Ihm schließen sich die Benennungen „auf Prüfung“, „auf Probiren“ „unter Vorbehalt der Prüfung, des Probirens“, „auf Versuch“, „auf Muster“ an [8]).

Dagegen der jetzt im Großhandel vorzugsweise übliche Ausdruck „auf Besicht“ [9]) scheint aus der Hamburgischen Praxis in unsere Rechtssprache übergegangen zu sein: der erste Schriftsteller, welcher ihn anwendet, und zugleich Präjudicate des Hamburgischen Handelsgericht über den „Kauf auf Besicht“ mittheilt, ist meines Wissens Trummer [10]); daß er sich in unsere Rechtssprache so vollkommen eingebürgert hat, ist wohl den vielen Hanseatischen Schriftstellern zuzuschreiben, welche unser Institut behandelt haben (Pöhls, Cropp, Thöl, Brinckmann). Gerade die Hamburgische Rechtsentwickelung zeigt nun das entschiedene Streben, in der Lehre vom Kauf die Germanischen Principien rein zu bewahren und consequent weiterzubilden. Das ist in Bezug auf die Gewährleistung gelungen [11]), wäh-

7) Vgl. oben §. 16. Näheres darüber unten §. 48.

8) Mitunter wird darunter der Handel „nach Probe“ verstanden — der Sprachgebrauch ist noch kein fester; im gedruckten Entwurf des Preuß. Gesetzbuchs Th. II. tit. 8. §. 318 begegnet uns als gleichbedeutend der Ausdruck „zur Probe“. Vgl. auch Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs S. 609.

9) Verwandt sind die Ausdrücke „auf Nachsicht“, „bis zum Besehen“, „auf Besehen“. Schon Stryk tract. c. 1. nr. 17. 18 hat den lateinischen Ausdruck „ad visum“, jedoch nicht als einen technischen, sondern gleich dem „ad olfactum“, nämlich als Fälle, welche dem Kauf „ad gustum“ analog zu behandeln seien.

10) Im Archiv für Handelsrecht I. S. 332 ff. (1818).

11) Hamburger Statut von 1603. Th. II. tit. 8. art. 17. Cropp a. a. O. S. 173 ff. Brinckmann, Handelsrecht S. 311. ff. Baumeister, Hamburgisches Privatrecht I. S. 341 ff.

Aufsatz. Ital. Praxis Sec. 17.



rend hinsichtlich der Perfection und des Gefahrsüberganges das Römische Recht durchgedrungen ist. Hier mußte sich folglich das Bedürfniß herausstellen, durch eine kurze, leicht beizufügende Vertragsclausel dem Besicht die nämlichen rechtlichen Wirkungen zu sichern, welche mit demselben bisher kraft Rechtsvorschrift verbunden gewesen waren. Hieraus, und nicht allein aus dem regen auswärtigen Großhandel Hamburgs, dürfte sich das Aufkommen dieser Clausel gerade an diesem Platz erklären.

Zum Schlusse dieser Erörterungen mag eines interessanten Rechtsfalls aus der Italienischen Praxis des 17. Jahrhunderts gedacht werden — des einzigen, welcher sich, meines Wissens, in der Handelsrechtslitteratur jener Zeit aus dem Bereich der hier einschlägigen Fragen erwähnt findet[12]).

Ein gewisser Franciscus Fanus hatte sich erboten, aus den Cornetanischen Speichern 200 rubra Getreide an das städtische Getreideamt zu verkaufen, und der Vorsteher des letzteren hatte seinen am Abladungsort wohnenden Vertreter, Namens Falgarius, beauftragt, das Getreide zu besichtigen, und soweit daß es empfangbar sei bearbeiten zu lassen, demnächst aber zu verschiffen. Da Falgarius an der Qualität Anstand nahm, so ließ er das Getreide zwar verschiffen, kam jedoch mit dem Agenten des Franciscus dahin überein, daß der Vorsteher des Getreideamts selbst über die Qualität entscheiden sollte, und sofern diesem dasselbe nicht gefalle, es auf Rechnung des Verkäufers bleiben solle[13]). Auf der Fahrt geht das Getreide durch Schiffbruch unter, und es entsteht nun die Frage, auf wessen Gefahr dasselbe gereist sei. Die Sache wird zwar gütlich ausgeglichen, indessen theilt Ansaldis, als Anwalt des Getreideamts, ein ausführlich motivirtes Gutachten für die suspensivbedingte Natur des vorliegenden Vertrages mit. Seine wesentlichsten Gründe, welche sich durchweg auf Römische Quellentexte und auf die Praxis stützen, sind folgende:

---

12) Ansaldi de Ansaldis discursus legales de commercio disc. 6.

13) „Non piacendo à Monsignor Prefatto, resti à conto del Signor Francesco Fani".

1) Es fehle der zur Perfection erforderliche gleichzeitige Consens des Käufers und Verkäufers; sei ein Handel ad placitum emtoris geschlossen, so müsse sich der Käufer sogleich erklären, dessen Zustimmung erst am folgenden Tage genüge nicht.

2) Der Präfect habe dem Falgarius keinen unbedingten Kaufauftrag ertheilt, und dieser nicht unbedingt abgeschlossen, sondern die Entscheidung dem Präfecten überlassen. Der Kauf sei also von der Bedingung si placeret abhängig gewesen, vermöge deren die Gefahr ante approbationem et degustationem secutam nicht den Käufer treffe.

3) Auch der Wortlaut des Vertrags spräche nicht für eine Resolutivbedingung: im entgegengesetzten Falle würde es nicht geheißen haben, das Getreide bleibe auf Rechnung des Verkäufers, sondern: das Getreide gehe auf dessen Gefahr zurück [14]). Die Unterscheidung zwischen den Formeln si placuerit und si displicuerit in den Römischen Quellen habe gar keine Beziehung auf den Gefahrsübergang, höchstens in Ansehung der Verschlechterung, nicht des völligen Untergangs (?!)

4) Ob das Getreide von vorzüglicher Qualität war, sei gleichgültig, da Fanus durch die Vertragsclausel sich jeden Beweis darüber abgeschnitten, und dem Präfecten allein den Entscheid über die Qualität überlassen habe.

## II. Die neueren Gesetzgebungen.

### 1) Die Bayerische.

### §. 35.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756 scheidet die imperfecten Käufe, zu denen er auch die venditio ad gustum vor wirklicher Verkostung zählt, von den bedingten (venditiones conditionatae) [1]).

---

14) Nicht resti, sondern ritorni à conto del Signor Francesco Fani.

1) Vgl. Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem von W. X. A. v. Kreittmayr zu Th. IV. Cap. 3. §. 12. (Octavausgabe, München 1765. S. 182).

Von den ersteren heißt es Th. IV. Cap. IV. §. 5:

Von dem Verkauf ad corpus, mensuram, vel gustum 1mo. Wird ein Stück überhaupt nur in Pausch ohne Benennung und Specification deren Theile verkauft, so nennt man es venditionem ad corpus, speciem, vel aversionem, werden aber die Theile desselben benannt oder specificirt — so nennt man es venditionem ad mensuram, und sofern es eine Sache ist, welche dem Geschmack nach verkauft zu werden pflegt, z. B. Wein, Möth, Brandwein, so heißt es venditio ad gustum. So viel nun 2do diesen letzteren Kauf belangt, wird solcher vor der Auskostung nicht pro perfecto gehalten, es seye dann ein anderes bedungen, oder der Käuffer auf den beederseit beliebten Auskostungstag nicht erschienen [2]).

In dieser Theorie sind 4 Punkte bemerkenswerth:

1) Der Vorbehalt der Auskostung wird subintelligirt. Vgl. oben §. 8. Note 9. §. 12.
2) Nicht allein beim Wein, sondern auch bei andern Waaren; bei denen eine Auskostung üblich ist. Vgl. oben §. 8. Note 9. §. 14. Note 70.
3) Nicht allein der Gefahrsübergang, sondern auch jede beiderseitige Gebundenheit ist bis zur Auskostung ausgeschlos-

2) Die Anmerkung des Verfassers hiezu lautet (a. a. O. S. 246): Der Verkauf gegen Auskostung (venditio ad gustum) wird so lang und soviel, bis die Auskostung geschiehet, pro actu imperfecto gehalten, dergestalten, daß bis dahin nicht nur periculum rei venditae bei dem Verkäufer verbleibt, sondern es kann auch jeder Theil vor der Auskostung von dem Contract völlig abgehen (l. 34. §. 5. D. de C. E. Lauterbach XVIII. 6. §. 19. Stryk XVIII. 6. §. 6. Titius lib. 4. cap. 2. §. 26). Ein anderes wäre, wenn ausdrücklich ausbedungen worden, daß keine Auskostung mehr geschehen soll, oder der Käufer auf den beiderseits beliebten Auskostungstag nicht erschienen, mithin in mora ist. Man halt aber bei jenen Sachen, welche ohne Auskostung nicht leicht gekauft zu werden pflegen, z. B. bei Wein, Bier, Meth, Oel, in dubio allemal dafür, daß es nur venditio ad gustum gewesen sei, wenngleich von der Auskostung in dem Contract abstrahiret worden ist.

sen — wodurch ein solcher Handel in die Reihe der ganz unverbindlichen Tractate käme: eine dem Verfasser dieses Gesetzbuchs ganz eigenthümliche Ansicht, für welche sich selbst in den citirten Gewährsmännern kein Anhalt findet. Titius insbesondere bemerkt nur, daß in der Regel bloße Tractate vorlägen, keineswegs immer. Vgl. oben S. 276.

4) Demungeachtet soll die Gefahr auf den Käufer übergehen, sofern dieser in mora ist. Vgl. oben §. 3. Note 13. §. 21.

## 2) Das Preußische Recht.

### §. 36.

Die Vorschriften des Preußischen Gesetzbuchs von 1794 beruhen in ihrer Grundlage auf der gemeinrechtlichen Praxis und Litteratur des vorigen Jahrhunderts. Unter den älteren Preußischen Rechtsquellen enthält das Preußische Landrecht von 1721, welches sich in der Lehre vom Kauf enge an die Pandekten anschließt, nur einen aus l. 31 §. 22—24 D. de aedil. ed. entnommenen Passus über das pactum displicentiae [1]). Aus den unmittelbaren Vorarbeiten zum Allg. Landrecht ist zu bemerken, daß der Gedruckte Entwurf Th. II. Abth. II. Tit. VIII unter den „Nebenverträgen" (§. 265), auch „5) vom Reukauf" handelt. §§. 313—318.

Hier werden zwei Fälle unterschieden:

§. 313. Hat der Käufer oder Verkäufer, sich als Recht, binnen einer gewissen Zeit vom Kaufe wieder abzugehen, vorbehalten, so ist solches für eine auflösende Bedingung anzusehen.

§. 314. Ist die Sache dem Käufer nur auf die Probe gegeben worden, so erlangt der Kauf seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkt an, wo der Käufer seine Zufriedenheit mit der behandelten Sache ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat.

Im ersten Fall gilt also der Vertrag als resolutivbedingt, im zweiten Fall als suspensivbedingt; der Ausdruck „Kauf auf

1) Pars II. lib. IV. art. XVII. §. 2.

Probe" kommt als technischer noch nicht vor; das „auf die Probe geben, erhalten, auf der Probe haben" (vgl. §. 316 . 317) wird auf den zweiten Fall beschränkt. Beiden Fällen gemeinsam ist die Vorschrift des §. 318, wo der Ausdruck „zur Probe" mit den vorigen identisch vorkommt:

> Ist dem Käufer eine Sache nur zur Probe, oder mit der Befugniß, vom Contract wieder abgehen zu können, unter Bestimmung einer gewissen Zeit, innerhalb deren er sich darüber erklären müsse, gegeben worden, so erlöscht die Befugniß, sobald die bestimmte Zeit verflossen ist.

Das Allgemeine Landrecht scheidet den Reukauf, welcher unter den „Nebenverträgen" (I. 11. §. 257) die sechste Stelle einnimmt [2]), vom „Verkauf auf die Probe," welcher an der siebenten Stelle steht [3]). Für den Handelskauf fehlt es an besonderen Regeln.

## a) Der Reukauf.

### §. 37.

In der Definition des Reukaufs (I. 11. §. 331) wird der §. 313 des gedruckten Entwurfs mit unwesentlichen Wortänderungen wiederholt. Bemerkenswerth ist die principielle Erweiterung des Instituts auch auf den Verkäufer.

Daß der Gesetzgeber durch die Worte „binnen einer gewissen Zeit" jeden abweichenden Vertragsinhalt habe ausschließen wollen, ist durchaus unwahrscheinlich; er hat offenbar nur an den gewöhnlichsten Fall gedacht, daß zugleich die Zeit der Erklärung festgestellt ist. Es erscheint daher ebenso wenig zutreffend, in Ermangelung einer Fristbestimmung die Wirksamkeit des Nebenvertrags auf die Zeit bis zur Uebergabe zu beschränken [4]), als dessen völlige Ungültigkeit zu behaupten [5]).

---

2) „Vom Reukauf." A. L. R. I. 11. §. 331. 332.

3) „Vom Verkauf auf die Probe." A. L. R. I. 11. §. 333—339.

4) Bornemann Systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts III. S. 55. Unbeweisend dafür ist A. L. R. I. 11. §. 275, welcher sich auf die ganz verschiedene addictio in diem bezieht.

5) Koch, Recht der Forderungen III. S. 911; Lehrbuch des Preußischen

Eigenthümlich ist die Vorschrift des §. 332, daß der von beiden Seiten erfüllte Handel nach den Regeln des Wiederkaufs beurtheilt werden solle [6]). Die wesentliche Bedeutung dieses Rechtssatzes liegt in der beim Wiederkauf eintretenden Vereinfachung der Auseinandersetzung, im Falle der erfüllte Handel rückgängig wird [7]), und im Nichtübergang des Wiederkaufsrechts auf die Erben in Ermangelung einer vertragsmäßigen Frist für dessen Ausübung [8]). Bezüglich des Gefahrs- und Eigenthumsüberganges scheidet ohnehin das Preußische Recht den resolutivbedingten Kauf und den Wiederkauf nicht [9]).

In Verbindung hiermit stehen die Vorschriften des Th. I. tit. 5. §. 212—216. 312—316 über die Wandelpön, wobei bemerkenswerth, daß schon der Anfang der Erfüllung und die Annahme theilweiser Erfüllung den Verlust des Rücktrittsrechts, wie andererseits die schriftliche Erklärung, die Wandelpön erlegen zu wollen, den Verlust des Erfüllungsrechts nach sich zieht.

## b) Der Kauf auf die Probe.

## §. 38.

Das Allgemeine Landrecht setzt den gewöhnlichen Fall voraus, daß der Käufer behufs der anzustellenden Probe in den Besitz der Sache gelangt ist. Doch trägt die Praxis kein Bedenken, auch in Ermangelung der Uebergabe die Regeln des Kaufs auf Probe anzuwenden. Die Ausdrücke „bis zum Be-

---

Privatrechts II. §. 726; Commentar h. l. Note 29 und zu A. L. R. I. 4. §. 108. Note 109. Sein einziger Grund ist die angebliche Anomalie des Verhältnisses, welche zu striktem Festhalten an dem Wortlaut des Gesetzes nöthige. Vgl. oben §. 23 ff. Ebenso ungegründet ist die von Koch behauptete Unvererblichkeit des Reukaufsrechts, weil es auf die individuelle Gemüthsstimmung des Berechtigten ankomme. Vergl. oben §. 17, und Bornemann a. a. O., Bielitz Praktischer Commentar zum Allg. Landrechte II. S. 489.

6) Vgl. oben §. 24.

7) A. L. R. I. 11. §. 297.

8) A. L. R. I. 11. §. 316. 317.

9) A. L. R. I. 11. §. 261. 262. 100. 298. 300. 301. 323.

sehen" „bis zum Kosten" „auf Versuch" werden für gleichbedeutend erachtet [10]).

Der Uebergabe ungeachtet gilt der Kauf auf Probe als suspensivbedingter Vertrag. Läßt hierüber möglicherweise auch der Wortlaut des §. 333 noch Zweifel [11]), so werden diese doch durch §. 338 vollkommen beseitigt [12]). Es wird so angesehen, als ob noch keine Uebergabe erfolgt sei, und der Handel gilt daher, nach den allgemeinen Principien des Preußischen Rechts von der Gefahrstragung, für aufgelöst sowohl im Falle gänzlichen Untergangs wie bloßer Verschlechterung des Kaufgegenstandes [13]).

Doch hält das Gesetz nicht an den Consequenzen der suspensiven Bedingtheit fest, sondern nimmt aus Zweckmäßigkeitsgründen, im Interesse der Aufrechthaltung des durch Uebergabe vollzogenen Vertrages, den Handel für gebilligt an, wenn entweder der Käufer das Kaufgeld ohne Vorbehalt zahlt [14]), oder die vertragsmäßige Erklärungsfrist unbenutzt vorübergehen läßt [15]).

---

10) Obertribunal $^{29}/_{1}$ 1817. (Rechtssprüche I. S. 217). $^{28}/_{2}$ 54 (Striethorst's Archiv XII. S. 192 ff.). Rheinischer Revisions- und Cassationshof $^{29}/_{3}$ 1834 (Rechtssprüche III. S. 331). Koch, Commentar zum A. L. R. I. 11. §. 333.

11) „Ist die Sache dem Käufer nur auf die Probe gegeben worden, so erlangt der Kauf seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte an, wo der Käufer seine Zufriedenheit mit der behandelten Sache, ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat." Daß ein suspensiver Kauf gemeint ist, ergeben auch A. L. R. I. 4. §. 101, 102. I. 11. §. 258. So auch die Praxis. Vgl. die Note 10 angeführten Urtheile.

12) „So lange der Käufer die Sache noch auf die Probe hat, haftet er nur für solche Unfälle, die durch sein grobes oder mäßiges Versehen entstanden sind."

13) A. L. R. I. 11. §. 100. 95. 96. 124. 194. I. 5. §. 364 ff. Obertribunal $^{27}/_{9}$ 1844 (Entscheidungen XI. S. 239). Koch Recht der Forderungen I. S. 205 ff.

14) A. L. R. I. 11. §. 334. Das Wort „erhaltene" ist offenbar zu streichen.

15) A. L. R. I. 11. §. 336. War keine Uebergabe geschehen, so gilt

Ist keine Frist bestimmt, so darf der Verkäufer auf richterliche Fristsetzung antragen. Maaßgebend für den Richter sind hierbei die wahrscheinliche Absicht der Betheiligten und die Umstände des vorliegenden Falles [16].

Der Tadel, welchen Koch (Commentar ad h. l. not. 34) über diese Vorschrift ausspricht, ist schwerlich gegründet. Ein wirklicher Proceß unter den Betheiligten über diesen Punkt steht gar nicht in Frage. Auch ist der Verkäufer zu diesem, allerdings sichereren, Wege nicht verpflichtet; er darf selbst eine Frist setzen, oder auch nach Ablauf eines ihm angemessen scheinenden Zeitraums, allerdings auf die Gefahr hin, diesen zu kurz bemessen zu haben, zurücktreten und die Sache zurückfordern [17].

Im Uebrigen entscheidet über den Bestand des Vertrags das reine Belieben des Käufers [18].

Zum Gebrauch über den Zweck der Probe hinaus ist der Käufer nicht befugt, haftet vielmehr für allen verschuldeten Schaden, und hat, falls der Handel nicht zu Stande kommt, die gezogenen Nutzungen herauszugeben oder zu vergüten [19].

Die Stellung im System ist die gleiche, wie im gemeinen Recht. Vgl. oben §. 22 ff. Die Regeln des A. L. R. I. 4. §. 108. 109. 118. I. 5. §. 71 sind wesentlich nur Wiederholungen der früher beleuchteten Römischen Quellenaussprüche. Eine Anomalie ist daher hier so wenig als dort anzunehmen [20].

---

das Stillschweigen als Mißbilligung. A. L. R. I. 5. §. 103. Koch Lehrbuch II. §. 647. Note 47.

16) A. L. R. I. 11 §. 337. I. 5. §. 230. 231. 61.

17) A. L. R. I. 5. §. 92. 93. 103. I. 16. §. 20. I. 4 §. 73. 74. Bornemann III. S. 55 und Suarez in der revisio monitorum ebenda. Grävell, die Generaltheorie der Verträge nach Preuß. Recht S. 206, Note *). Die Gegenbemerkung Koch's Lehrbuch II. §. 674. Note 24, der Verkäufer dürfe nicht ohne Weiteres die Sache zurückfordern, weil er wegen Mangels der Erfüllung von der anderen Seite nicht zum Rücktritt, sondern nur zur Klage auf Erfüllung befugt sei, ist irrig, weil es sich nicht um Erfüllung einer schuldigen Leistung, sondern um den Eintritt einer Bedingung handelt. Vgl. oben S. 128 ff.

18) A. L. R. I. 11. §. 335. Rechtssprüche I. S. 227, 228.

19) A. L. R. I. 11. §. 339. 259. I. 16. §. 347. I. 21. §. 229. 246. 238 ff.

20) Anders, aber mit Unrecht, Koch a. a. O.

Auch das Verhältniß unseres Instituts zu der Gewährleistungspflicht des Verkäufers unterliegt den für das Römische Recht entwickelten Regeln [21]).

### 3) Das Französische Recht.

### §. 39.

Das Französische Recht erheischt eine vorzugsweise genaue Berücksichtigung, theils wegen seiner Geltung in einem großen Theile Deutschlands, und wegen seines Einflusses auf die neuere Entwickelung des Europäischen Handelsrechts, theils wegen seiner reichen Litteratur, insbesondere aber darum, weil es, zuerst unter den neueren Gesetzgebungen, die beiden im ersten Abschnitt dieser Abhandlung gesonderten Institute des Römischen Rechts, freilich in eigenthümlich mißverständlicher Weise, von einander scheidet.

Vor der Codification galt, von Localusancen abgesehen, auch für unser Institut das Römische Recht; gegenwärtig wird dasselbe durch Art. 1587 und 1588 des Code civil geregelt. Abweichende handelsrechtliche Normen existiren nicht.

Art. 1587. A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréés.

Art. 1588. La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

Der erste Artikel stellt eine Specialregel für solche Gegenstände auf, welche man vor dem Ankauf gewöhnlich zu kosten, d. h. durch den Geschmack zu prüfen pflegt: s. g. vente avec dégustation. Der zweite eine allgemeine Regel für alle auf Probe (à l'essai) geschlossenen Käufe: s. g. vente à l'essai. Daß das Kosten nur eine besondere Art der Prüfung sei, und die verschiedene Methode der Prüfung an sich keinen rechtlichen

---

21) A. L. R. I. 11. §. 198. I. 5. §. 329. 330. I. 4. §. 82. Vgl. oben §. 23—25.

Unterschied begründet, daß somit für die vente avec dégustation die allgemeinen Regeln der vente à l'essai gelten, soweit nicht der Art. 1587 das Gegentheil bestimmt, wird von der Praxis und den Schriftstellern übereinstimmend angenommen [1]).

Wir werden daher im Folgenden zunächst die besondere Regel des Art. 1587, und den Inhalt des Art. 1588 festzustellen, demnächst aber die allgemeinen Principien unseres Instituts darzulegen haben.

## a) Vente avec dégustation.

### §. 40.

Art. 1587 des Code civil soll offenbar der Römischen degustatio entsprechen. Der Vorbehalt des Kostens wird subintelligirt, nicht allein bei Wein, sondern, nach einer in der älteren Praxis weit verbreiteten Ansicht [2]), bei allen Gegenständen, welche vor dem Ankauf gewöhnlich gekostet zu werden pflegen [3]). Bevor solche Waare vom Käufer gekostet und gebilligt worden, ist kein Kauf vorhanden, nämlich nur ein einseitiges, vom Gegner acceptirtes, und für den Verkäufer verbindliches Verkaufsverspre-

---

1) Boileux Commentaire sur le Code civil zu Art. 1588 (4. Ausg. t. III. p. 200). Duranton, Cours de droit français t. XVI. Nr. 93. Duvergier le droit civil français t. XVI. Nr. 96. Troplong, de la vente Nr. 108. Delamarre und Lepoitvin traité du contrat de commission t. III. Nr. 153. Alauzet Commentaire du Code de commerce Nr. 574.

2) Vgl. oben §. 14. Note 70, und dazu noch Brünner Schöffenbuch 286 (Rößler S. 131). Lauterbach Colleg. theor. pract. XVIII. 6. §. 19. Frantzke XVIII. 6. Nr. 34. Codex Maximil. Bavar. Th. IV. c. 4. §. 5 u. Anmerk. ad h. l. Der Entwurf des Code civil beschränkte sich auf Wein, Oel und andere Flüssigkeiten, welche gewöhnlich gekostet werden.

3) Vgl. auch Conférence des observations des Tribunaux d'appel sur le projet du Code civil. Paris Ventôse an X. III. partie p. 534. Welche, ist aus dem Localgebrauch zu entnehmen. Troplong Nr. 96. Delvincourt Cours de Code civil t. III. p. 124. Dalloz Jurisprudence s. v. vente chap. I. sect. 1. Nr. 29.

hen: also ein von der reinen Willkühr des Käufers suspensiv abhängiger Kauf [4]).

Die Quelle dieser Vorschrift sind unzweifelhaft l. 34. §. 5. D. de C. E. u. l. 4. pr. §. 1. D. de P. et C. in der Auslegung, welche dieselben bei Pothier gefunden hatten [5]); bei der Berathung beschränkte man sich darauf, die auch von Pothier berührte, sehr äußerliche, Aehnlichkeit mit den Kauf ad mensuram hervorzuheben [6]).

Es hat sich alsbald herausgestellt, wie bedenklich diese Herübernahme eines durchaus mißverstandenen Römischen Rechtssatzes war. Soll die Degustationsclausel bei allen Waaren, deren Kosten vor dem Ankauf üblich ist, und zwar mit der Wirkung einer potestativen Suspensivbedingung für den Käufer, subintelligirt werden, so ist dem Handel, insbesondere dem auswärtigen, ein überaus lästiges Hinderniß in den Weg gelegt, das Risico des Verkäufers über alles billige Maaß hinaus erhöht, der Chikane Thor und Thüre geöffnet. Was unter Umständen als billiger Schutz eines unerfahrenen Käufers gegen einen listigen Verkäufer erscheinen mag, wird so zur drückenden Fessel. Soll es z. B. dem X. in Paris, welcher bei einem Weinhändler in Mainz 50 Flaschen Rüdesheimer 1846er prima qualité bestellt hat, freistehen, den empfangenen Wein zur Disposition des Weinhändlers zu stellen, weil ihm derselbe nicht zusagt?! Oder dem Kaufmann X., welcher in Cöln 100 Faß Spiritus franco Mannheim kauft, gestattet sein, dieselben in Mannheim beliebig zurückzuweisen? Oder auch nur im Kleinhandel dem Käufer von zwei

4) Vgl. oben §. 28 ff. Durch die obigen Ausführungen erledigt sich auch die Behauptung Troplong's de la vente Nr. 97, es läge noch nicht einmal ein bedingter Kauf, sondern nur ein ungenannter einseitiger Vertrag vor.

5) Pothier Traité du contrat de vente Nr. 310. Pandectae Justinianeae lib. 18. tit. 6. Nr. 14, 15. Einer der ältesten Commentatoren, Dufour Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées (Paris 1806) t. III. p. 188, 189 gibt ausdrücklich diese Quelle an. Vrgl. auch Delamarre l. c. Nr. 151. 152.

6) Locré la législation civile et commerciale t. XIV. p. 147, 192.

Quart Oel dieses Recht schlechthin zustehen? Zwar darf das Gegentheil verabredet werden, allein es ist schwer, namentlich im Großhandel, sich dergleichen auszubedingen, ohne das Mißtrauen des Gegners zu erwecken, und damit das Geschäft selbst zu vereiteln.

Die Französische Jurisprudenz, welche sich dem Gesetzbuch gegenüber mit großer Freiheit, nicht selten sogar mit Willkühr, bewegt, hat sich denn auch erfolgreich bemüht, die nachtheilige Vorschrift so viel als möglich abzuschwächen. Den richtigen Ausweg würde wohl folgende Erwägung geboten haben [7]): Gewisse Waaren pflegt man vor dem Ankauf zu kosten, indessen nicht unter allen Umständen. Die gesetzliche Bestimmung findet also nur da Anwendung, wo nach den Umständen ein Kosten vor dem Ankauf gewöhnlich ist. Welches diese Umstände sind, läßt sich nicht absolut bestimmen, sondern ist, nach Verschiedenheit der Waaren, nach Handelsgebrauch zu entscheiden [8]). Statt sich hiermit zu begnügen, hat man die Regel durch eine große Zahl von Ausnahmen auf den engen Kreis des Ankaufs einer Waare auf dem Platz und zum persönlichen Gebrauch, ja noch darüber hinaus, einzuschränken versucht [9]), und ihr damit für das Handelsrecht jede Bedeutung abgesprochen. Folgende Ausnahmen werden aufgestellt:

1) Ueberall wo eine Waare zum Weiterverkauf bestimmt, also bei jedem Handelskauf, sei das vorgängige Kosten keine Bedingung der Perfection. Hier hätten Sachverständige über die Qualität der Waare zu entscheiden, und sofern sich finde, daß dieselbe Kaufmannsgut und von den zugesagten Eigenschaften sei, dürfe der Käufer nicht beliebig zurücktreten. Man hat für diese Ausnahme eine schon von Pothier angedeutete Unterschei-

7) Daß die gesetzliche Regel keinen absoluten Charakter habe, wird allgemein anerkannt: Locré XIV. p. 6, 50. Duvergier Nr. 101, 102, 104. Delamarre Nr. 162. Marcadé a. a. O. Zachariä Handbuch 5. Ausg. II. S. 360. Note 12.

8) Angedeutet von Boileux III. p. 199. Delvincourt III. p. 129. Marcadé a. a. O.

9) Troplong, vente Nr. 100.

dung ausgebeutet, obwohl Merlin [10]), welcher dieselbe adoptirt, in einem Zusatz bemerkt, daß der Code civil dieselbe verwerfe. Pothier nimmt an, daß die Degustationsclausel einen doppelten Sinn haben könne: der Käufer wolle kosten „ob die Waare seinem Geschmack entspreche" — oder „ob dieselbe gutes unverdorbenes Kaufmannsgut sei (si elle est bonne, loyale, marchande et non gâtée)" — nach dem Ausdruck der Neueren „ob sie dem allgemeinen Geschmack entspreche." Nur im ersten Fall sei die Perfection des Vertrages von der Willkühr des Käufers abhängig; im zweiten entscheide der Richter über die Qualität [11]).

Diese Unterscheidung ist vollkommen richtig wo es sich um Auslegung einer wirklichen Probeclausel handelt, aber durchaus unzulässig da, wo der Gesetzgeber diese Clausel subintelligirt wissen will. Er konnte unmöglich die Clausel in ihrer doppelten Bedeutung als stillschweigend verabredet erklären, und er hat ja überdies ausdrücklich angegeben, in welchem Sinne sie verstanden werden soll. Es ist also im Widerspruch mit dem klaren Inhalt des Gesetzes, wenn man die Anwendung des Art. 1587 auf den Handelskauf aus dem Grunde bestreitet, weil beim Handelskauf nicht der persönliche Geschmack des Käufers, sondern der allgemeine Geschmack, nach welchem allein es sich bestimme, ob die Waare zum Umsatz geeignet sei, maaßgebend erscheine [12]). Und es ist ein weiterer Irrthum, und nur um den

10) Répertoire universel et raisonné de jurisprudence t. XIII. s. v. Vente §. IV. Nr. 3.

11) Vente Nr. 310.

12) Delvincourt a. a. O. Duranton Nr. 93. Pardessus cours de droit commercial Nr. 293. Duvergier Nr. 101. Nach ihnen Brinkmann Handelsrecht §. 84, Note 1. Troplong Nr. 99, 100. Devilleneuve und Massé dictionnaire du contentieux commercial s. v. vente Nr. 154—156. Mareadé a. a. O. Massé le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens. t. IV. Nr. 192. 193. 329. 376—378. Alauzet Nr. 575—577. Auch ist das keineswegs immer richtig. Vgl. auch Delamarre N. 164. 167. Note 2, welcher nur unter Umständen beim Handelskauf einen stillschweigenden Verzicht auf das Kosten annimmt. Gegen diese

Schein einer Uebereinstimmung dieser Theorie mit dem Art. 1587 zu retten, hinzugefügt, wenn nun auch der nach dieser Ansicht völlig unbedingte Handelskauf für bedingt erklärt wird durch das Vorhandensein der zugesagten oder im Zweifel vorauszusetzenden Eigenschaften (Kaufmannsgut) der Waare [13]).

Pardessus begnügt sich mit dem höchstens für den Gesetzgeber in Betracht kommenden Grunde, daß es, im Großhandel insbesondere, keine Bedingung geben dürfe, welche dem Ermessen eines oder des anderen Contrahenten die Ausführung des Vertrages überlasse.

2) Ueberall, wo der Kaufgegenstand nicht am Lieferungsort gegenwärtig sei, sondern erst an diesen versendet werden müsse [14]). Auch hiefür wird theils der — unter Umständen, aber nicht immer — vermuthliche Wille des Contrahenten, theils ein stillschweigender Verzicht des Käufers, theils endlich die Vorschrift des Code de commerce art. 100 angeführt, daß mit dem Beginn des Transports die verkaufte Waare auf Gefahr ihres Eigenthümers gehe, wobei übersehen wird, daß dieselbe nur von unbedingten Kaufgeschäften handelt, da bei bedingten ja auch der Eigenthumsübergang suspendirt ist.

3) Ueberall, wo nach Probe gehandelt, oder auch nur eine bestimmte Qualität verabredet sei [15]). Der Scheingrund, daß die Abrede einer bestimmten Qualität in Verbindung mit willkührlicher Lossagungsbefugniß zwecklos wäre, erledigt sich durch die Erwägung, daß nur durch solche der Käufer in den Stand

---

Theorie auch der französische Cassationshof Rejet 5/12 1842. (Sirey 43. 1, 89.)

13) Nach Einigen nur für resolutivbedingt, nach Anderen sogar stets, oder unter Umständen, für suspensivbedingt. Vergl. Delamarre Nr. 193. Troplong Nr. 99. 101. Massé Nr. 192. 376.

14) Delvincourt a. a. O. Duranton Nr. 93. 94. Duvergier Nr. 104. Troplong Nr. 100. Marcadé a. a. O. Massé Nr. 192. 376. Delamarre Nr. 162. 176. 178. 193. Alauzet Nr. 577.

15) Troplong Nr. 100. Massé Nr. 193. Marcadé a. a. O. Delamarre Nr. 175. Vgl. auch oben S. 109, und unten §. 51.

gesetzt wird, bei einem Gattungskauf die Lieferung vertragsmäßiger Waare zu erzwingen, bei dem Kauf einer Species wegen Mangels der vertragsmäßigen Lieferung auf Entschädigung zu klagen.

4) Ueberall, wo der Käufer die Waare ohne vorgängige Prüfung annimmt [16]), oder mit seiner Marke bezeichnet [17]). Auch hierin wird nur unter Umständen ein stillschweigender Verzicht zu finden sein.

## b) Vente à l'essai.

### §. 41.

Mit der vente à l'essai ist der Römische „Handel nach Belieben" gemeint. Pothier hatte denselben im Zweifel für resolutivbedingt erklärt [18]); der Entwurf des Code civil stellte eine Präsumtion für die suspensive Bedingtheit auf, ließ jedoch den Beweis des Gegentheils ausdrücklich zu [19]). Bei der Berathung des Entwurfs hatte das Tribunat eingewendet, daß der letzte Satz dem Vordersatz widerspreche, da ein Kauf auf Probe stets suspensivbedingt sei. Es sei wohl gemeint, daß die Versuchsclausel mit suspensiver Wirkung bei allen Gegenständen, welche man gewöhnlich vor dem Ankauf probe, subintelligirt werden solle, sofern nicht das Gegentheil erweislich gemeint sei. Das Tribunat wollte also nur die Bestimmung des Art. 1587 allgemein für jede Art der Prüfung wiederholen [20]).

---

16) Pardessus Nr. 298. Duvergier Nr. 104. Troplong Nr. 101. 103. Zachariä II. S. 360. Note 12. Massé Nr. 192.

17) Troplong Nr. 103. Duvergier Nr. 107. Massé a. a. O. Delamarre Nr. 167 u. t. I. p. 532.

18) Nr. 262, 263.

19) Projet livre 3. tit. 11. art. 7: La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive „si le contraire n'est prouvé par la convention."

20) Es schlug folgende Fassung vor: La vente des objets qu'on est dans l'usage d'essayer est toujours présumée faite sous une condition suspensive, si le contraire n'est pas prouvé par la convention. (Locré XIV. p. 125. 126. 192).

Der letzte Satz des Entwurfs ist nun allerdings gestrichen worden, doch darf daraus schwerlich gefolgert werden, daß jeder Vertrag auf Probe schlechthin als suspensivbedingt zu erachten sei [21]). Vielmehr darf auch das Gegentheil, und zwar nicht allein aus dem Wortlaut der Abrede, sondern auch aus den Umständen hergeleitet werden. Die meisten Neueren suchen das richterliche Ermessen soweit als möglich auszudehnen, nur in Ermangelung jedes Anhaltspunktes greife die gesetzliche Präsumtion, welche allerdings für die meisten Fälle begründet sei, Platz. Die gebrauchten Ausdrücke seien an sich gleichbedeutend, ließen jedoch mitunter einen Schluß auf den Willen des Contrahenten zu [22]).

Ebenso wird von der Mehrzahl anerkannt, daß die Probeclausel bei Gegenständen, welche auf andere Weise als durch Kosten geprüft zu werden pflegen, selbst wenn bei denselben eine vorgängige Prüfung üblich sei, z. B. bei Pferden, Uhren, Maschinen, nicht subintelligirt werde [23]) — auf diese also die Specialregel des Art. 1587 keine Anwendung finde.

Daß ungeachtet des ausdrücklichen Probevorbehalts dem Käufer der willkührliche Rücktritt versagt sei, wird unter Umständen angenommen werden können. Es ist lediglich Frage der Willensinterpretation [24]). Dennoch erscheint es verwirrend und unangemessen, von einem Kauf auf Probe in einem engeren und

21) Wie Locré a. a. O. p. 6 und Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale t. II. p. 58. 59 annehmen.

22) Pardessus Nr. 294. 239. Duranton Nr. 73. Duvergier Nr. 98. 99. Troplong Nr. 107. 108. Devilleneuve s. v. Vente Nr. 22. 23. Zachariä II. S. 360. Note 13. Massé Nr. 353. Marcadé a. a. O. Delamarre Nr. 147 ff. 159. 160. 169. Alauzet Nr. 574.

23) Boileux III. p. 200. Troplong Nr. 105. Delamarre Nr. 158. Anders Duvergier Nr. 100.

24) Vgl. oben S. 415, unten §. 50 u. Delamarre Nr. 184, der nur zu weit geht. Die Einschränkungen Pardessus' Nr. 184. 259. 297 beruhen auf dem oben widerlegten Mißverständniß, daß die Geltung eines zweiseitigen Vertrags nicht von der Willkühr eines der Betheiligten abhängig gemacht werden dürfe. Vgl. §. 23 ff.

in einem weiteren Sinne zu sprechen, und den letzteren überall da anzunehmen, wo die Probe nicht zum beliebigen Rücktritt führen kann, sondern nur zur Untersuchung über das Vorhandensein der zugesagten oder vorauszusetzenden Eigenschaften dienen soll [25]).

### c) Gemeinschaftliche Grundsätze.

### §. 42.

I. Die Gefahr des Untergangs trifft beim suspensivbedingten Kauf auf Probe den Verkäufer, beim resolutivbedingten Kauf den Käufer [26]). Auch für die Gefahr der Verschlechterung gelten die Römischen Grundsätze, weil das sonst vom Römischen Recht abweichende Princip des Code civil art. 1182, vermöge dessen der Käufer die Wahl zwischen Auflösung des Vertrags und Zahlung des unverminderten Kaufpreises haben soll sofern die Waare pendente conditione sich verschlechtert, hier ohnehin aus der Natur der Potestativbedingung folgt (vergl. oben S. 121).

II. Die Stellung des Käufers ist überall, wo ein wahrer Kauf auf Probe vorliegt, dieselbe wie beim Römischen Handel nach Belieben. Der suspensivbedingte Handel wird erst durch dessen Billigung perfect [27]). Er ist daher auch zur Vornahme der Probe nicht verpflichtet, darf vielmehr beliebig, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, mißbilligen; beim suspensivbedingten Kauf gilt schon die Unterlassung der Billigung praktisch als Mißbilligung [28]).

III. Ueber die Zeit der Erfüllung der Bedingung stellt

25) Wie Delamarre Nr. 153. 155. 162. 193.

26) Code civil 1182. 1138.

27) Code civil 1587.— il n'ya point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréés.

28) Vgl. oben §. 17. Troplong Nr. 4. Delamarre Nr. 196. Die entgegengesetzte Behauptung Einzelner beruht auf vagen Billigkeitsgründen, oder auf ungenügender Erkenntniß unseres Instituts, z. B. Duvergier Nr. 97. Alauzet Nr. 577. Massé Nr. 220. Auch Pardessus Nr. 293. 297.

Code civil art. 1176 eine der älteren gemeinrechtlichen Theorie entsprechende Regel auf [29]). Mit Recht wird dieselbe von den Neueren für zu absolut erklärt, und auf die Umstände verwiesen, welche namentlich bei Handelsgeschäften eine kurze Erklärungsfrist als gemeint zu ergeben pflegen [30]). Pardessus [31]) und Delamarre [32]) fordern im Zweifel umgehende Erklärung. Die Meisten wollen die Frist durch eine Aufforderung des Verkäufers, oder, auf dessen Antrag, durch den Richter bestimmen lassen — über die Angemessenheit der gesetzten Frist habe im Streitfall der Richter zu entscheiden [33]).

IV. Die oben widerlegte Ansicht, daß in dem Schweigen des Käufers über die verabredete, usancemäßige, gesetzlich oder durch Aufforderung bestimmte Frist hinaus ein stillschweigender Verzicht auf die vorbehaltene Prüfung, oder ein Verzug liege, welcher die Gefahr auf ihn übergehen lasse (§. 21), ist zwar für das Französische Recht so wenig begründet als für das Römische, wird indessen gleichwohl von vielen Schriftstellern, entweder schlechthin [34]), oder mindestens für den Fall aufrecht erhalten, daß der Käufer sich bereits im Besitze des Kaufgegenstandes befindet [35]).

---

29) Vgl. oben §. 11. Note 34.

30) Massé Nr. 328. 329. Marcadé t. IV. p. 441. Delamarre III. Nr. 35. Vincens II. p. 58. 59.

31) Nr. 293.

32) Nr. 159. 148—150.

33) Boileux III. p. 200. 201. Delvincourt III. p. 124. Duranton Nr. 58. 73. Duvergier Nr. 127. Troplong Nr. 101. 109. 117. Dalloz s. v. vente chap. I. sect. 1. Nr. 31. Marcadé VI. p. 168. 169. Massé Nr. 328—330. Alauzet Nr. 577.

34) So bereits Pothier Nr. 310. Merlin répertoire t. XIII. s. v. vente §. IV. Nr. 3. Pardessus Nr. 294. 298. Alauzet Nr. 577.

35) Duranton Nr. 69. Troplong Nr. 109. Massé Nr. 330. 355. Das kann unter Umständen begründet sein, allein nicht schlechthin, auch nicht beim Handelskauf. Das Interesse der Circulation der Waare, welches Troplong für diesen geltend gemacht, genügt nicht, eine Fiktion zu begründen.

Doch hat auch die richtige Theorie gründliche und gewichtige Vertheidiger gefunden [36]).

### 4) Das Badische Landrecht.

### §. 43.

Das Badische Landrecht hat in eigenthümlicher Weise die Vorschriften des Code civil theils modificirt, theils ergänzt.

Der Vorbehalt der Prüfung wird nicht allein bei solchen Waaren, welche vor dem Kauf gekostet, sondern auch bei solchen subintelligirt, welche (auf andere Weise) geprüft zu werden pflegen [1]). Mit dem Ausdruck „ist der Kauf nicht abgeschlossen" hat, wie Brauer bemerkt [2]), bezeichnet werden sollen, daß ein solcher Kauf zwar in der Regel unter einer einseitigen Potestativbedingung zu Gunsten des Käufers abgeschlossen gelte, es jedoch dem Richter freistehe, aus den Umständen zu folgern, daß nur beiderseits unverbindliche Tractate vorliegen.

Ausgeschlossen ist diese Vermuthung des stillschweigenden Prüfungsvorbehalts bei Käufen, welche gerichtlich oder durch öffentliche Urkunden abgeschlossen werden [3]) — wegen deren nothwendiger Unzweideutigkeit (?).

Die Prüfungszeit ist im Zweifel auf 3 Tage nach ergangener urkundlicher Aufforderung von Seiten des Verkäufers festgestellt, bei deren Nichtinnehaltung der Handel für abgebrochen gilt [4]).

---

36) Boileux III. p 199—201. Marcadé VI. p. 168. 169. Dalloz a. a. O. Nr. 31. Namentlich Delamarre Nr. 163. 164. 166. 170. 174. Auch Troplong Nr. 101. 107. 109 verwirft im Allgemeinen die entgegengesetzte Theorie, macht jedoch unbegründete und inconsequente Unterscheidungen.

1) L. R. S. 1587. „Bei Wein, Oel und anderen Sachen, die man vor dem Kauf zu kosten oder zu prüfen pflegt, ist der Kauf nicht abgeschlossen, ehe der Käufer sie geprüft und gebilligt hat." Vergl. oben §. 41. Note 23.

2) Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großh. Badische bürgerliche Gesetzgebung. Bd. III. S. 485. 486.

3) L. R. S. 1587 b.

4) L. R. S. 1587 a. Die Bemerkung Trefurt's System des Badi-

Das Wesen dieses Kaufs „auf Prüfung" setzt Brauer darin, daß zuvor die Sache einer gleichbaldigen Untersuchung durch Augenschein oder Sinneserfahrung unterworfen werden soll [5]).

Der davon unterschiedene Kauf „auf Probe"

L. R. S. 1588. Die Schließung eines Kaufs auf Probe gilt für eine aufschiebende Bedingung

dagegen solle darin bestehen, daß die Waare einer durch angemessenen Zeitverlauf zu bestätigenden Bewährung ihrer Güte zu unterliegen habe. Ein Kauf der Art sei also suspensivbedingt durch die Nichtexistenz solcher mittelst der Erfahrung zu erweisenden Fehler, und die Gefahr inzwischen beim Verkäufer, jedoch der Käufer verbunden, die Sache zur Probe anzunehmen [6]).

Diese Auffassung, welche durch den Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise bestätigt wird, und an welche der Richter nicht gebunden ist, entspricht zum Theil der oben widerlegten Ansicht einzelner Französischen Schriftsteller. Vgl. §. 40. Note 13 u. §. 41. Note 24.

## 5) Das Oesterreichische Recht.

## §. 44.

Die jüngste unter den großen Deutschen Codificationsarbeiten, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811, enthält über den „Kauf auf die Probe" folgende Bestimmungen. Die durchweg exegetische Litteratur bewegt sich fast nur in Paraphrasen des Gesetzbuchs.

§. 1080. Bei dem Kauf auf die Probe geht das Kaufstück vor Bezahlung des Preises nicht in das Eigenthum des Käufers. Der Käufer wird während der Probezeit als ein Entlehner; nach Verlauf dieser Zeit aber das

---

schen Civilrechts S. 260, daß durch diese Vorschrift der Art. 1587 aufgehoben, und daß nach Badischem Recht der Kauf auf Prüfung als ein resolutivbedingter Vertrag zu betrachten sei, bedarf keiner Widerlegung.

5) Brauer S. 485. 488.

6) Brauer S. 485—487.

Kaufgeschäft für unbedingt abgeschlossen, und der Käufer als Eigenthümer [1]) des Kaufstücks angesehen.

§. 1081. Hat der Käufer für das übernommene Kaufstück den Preis bezahlt, so gebührt ihm sogleich das Eigenthum; er kann aber vor Verlauf der Probezeit von dem Kaufe zurücktreten.

§. 1082. Ist die Probezeit durch Verabredung nicht bestimmt worden, so wird sie bei beweglichen Sachen auf drei Tage, bei unbeweglichen aber auf Ein Jahr angenommen.

Besondere handelsrechtliche Normen fehlen auch hier.

Der Einfluß des Preußischen Landrechts ist unverkennbar, die Redaction jedoch wenig glücklich. Der Gesetzgeber hat offenbar nur den Fall im Auge, daß der Käufer behufs der Probe den Besitz des Kaufgegenstandes erlangt hat.

Es wird unterschieden, ob der Kaufpreis sogleich bezahlt ist, oder nicht. Im ersten Fall gilt der Kauf als resolutivbedingt [2]); im zweiten zwar als suspensivbedingt — denn das Eigenthum soll, entgegen der sonstigen Regel des Oesterreichischen Rechts [3]), auf den Käufer nicht übergehen, und derselbe nur als ein „Entlehner" angesehen werden, also die Gefahr des Zufalls nicht tragen [4]), — demungeachtet wird mit Ablauf der verabredeten oder gesetzlichen Probezeit der Vertrag perfect, so daß der Kaufgegenstand als stillschweigend gebilligt erscheint.

1) Vorausgesetzt, daß der Kaufpreis bezahlt oder creditirt wird. Sonst darf der Verkäufer den Kaufgegenstand zurückfordern und als Pfand retiniren. A. B. G. B. §. 919.

2) Nippel Erläuterungen des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuchs VII. S. 217 ff. Nr. 5. v. Stubenrauch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III. S. 268 ff. Es liegt also wenigstens Ein Fall des resolutivbedingten Handels vor, und es ist unbegründet, wenn v. Stubenrauch behauptet, daß dieser (Reukauf, pactum displicentiae!) im Gesetzbuch nicht erwähnt werde.

3) A. B. G. B. §. 1063.

4) A. B. G. B. §. 1064. 1048. 979. 1311. Die Berufung v. Stubenrauch's auf l. 4 §. 1. D. de P. et C. (18, 6) ist freilich verfehlt.

Ist dem Käufer der Kaufgegenstand zum Zweck der Prüfung nicht übergeben, so ist ersterer befugt, die Uebergabe zu diesem Zwecke auch ohne Zahlung des Kaufpreises zu fordern — vorausgesetzt, daß die Natur des Gegenstandes eine Prüfung der Art erforderlich macht [5]).

Der Verkauf auf die Probe zählt zu den „Nebenverträgen," oder „besonderen Arten von Kaufverträgen" [6]), jedoch unterliegt die vielfach behauptete [7]) Anwendbarkeit der vom Rückkauf geltenden Regeln, insbesondere die Compensation der Zinsen mit den Nutzungen [8]), erheblichen Bedenken.

6) Das Spanische, Portugisische und Brasilianische Handelsgesetzbuch. Das Holländische bürgerliche Gesetzbuch. Das Englische Recht.

## §. 45.

I. Das Spanische Handelsgesetzbuch vom 30. Mai 1829 enthält folgende einschlägige Bestimmungen:

> Art. 361. Bei jedem Ankauf von Waaren, die nicht zur Ansicht vorliegen, noch [1]) nach einer bestimmten und im Handel bekannten Qualität classificirt werden können, wird vermuthet, daß der Käufer es sich vorbehalten habe, sie zu untersuchen und den Handel aufzuheben, falls die Waaren ihm nicht anstehen.
>
> Dieselbe Befugniß steht ihm zu, wenn er sich durch

5) So richtig, gegen v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III. S. 384 und v. Stubenrauch a. a. O., Nippel a. a. O. Nr. 2.

6) A. B. G. B. §. 1067.

7) Z. B. v. Zeiller a. a. O., Winiwarter das Oester. bürgerliche Recht IV. S. 269, v. Stubenrauch a. a. O. Beim Handelskauf ist diese ohnehin ausgeschlossen, da der Rückkauf nur bei Immobilien gültig verabredet werden kann. A. B. G. B. §. 1070. 1071.

8) A. B. G. B. §. 1071. 1068.

1) Unrichtig übersetzt Schumacher „oder die nicht nach einer rc." Der Originaltext lautet: En todas las compras que se hacen de géneros que no se tienen á la vista, ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio —.

> eine ausdrückliche Bedingung das Probiren des gekauften Artikels vorbehalten hat.
>
> Art. 367. Den Verkäufer treffen die auch zufälligen Verluste an den verkauften und an den Käufer nicht abgelieferten Waaren.
>
> 2) Wenn kraft ausdrücklicher Vertragsclausel, oder kraft eines für Waaren dieser Art bestehenden Handelsgebrauchs, oder nach gesetzlicher Vorschrift dem Käufer die Befugniß zusteht, die Waare zu besichtigen und zu prüfen und zu billigen, bevor der Kauf als geschlossen und unwiderruflich gilt.

Mit dem Code civil wird daher der Prüfungsvorbehalt unter Umständen subintelligirt, allein die Fälle sind zweckmäßiger bezeichnet, und dem Handelsgebrauch der erforderliche Raum gelassen: Der Kauf gilt, ungeachtet des Wortlauts des Art. 361 („aufzuheben"), als suspensivbedingt, wie Art. 367 unwiderleglich ergibt [2]). Vorausgesetzt wird, daß die Waare dem Käufer noch nicht übergeben war.

II. Das Portugisische Handelsgesetzbuch vom 18. September 1833 faßt die Art. 1587. 1588 des Code civil folgendergestalt zusammen:

> Art. 459. Bei einem Kauf, welcher abhängt von der Prüfung der Art, oder einem Kauf von Gegenständen, welche man gewöhnlich zuvor prüft oder kostet, gilt stets die Vermuthung, daß derselbe unter einer Suspensivbedingung geschlossen sei.

III. Fast wörtlich gleich lautet Art. 1499 des dem Code civil nachgebildeten Holländischen bürgerlichen Gesetzbuchs von 1838.

IV. Das Brasilianische Handelsgesetzbuch v. 25. Juni 1850 hat nur den Art. 367, nicht den Art. 361. des Codigo di comercio aufgenommen. Art. 207 lautet daher:

---

2) Irrig daher Brinckmann §. 85. Note 1, welcher den Art. 367 unberücksichtigt läßt, und ebenso die Motive zum Würtembergischen Entwurf S. 301 und zum Preuß. Entwurf S. 184.

Ferner hat für den Schaden, welchen die verkaufte Sache vor ihrer Uebergabe erleidet, der Verkäufer einzustehen:

II. Wenn nach ausdrücklicher Festsetzung im Vertrage oder nach herrschendem Handelsgebrauche der Käufer berechtigt war, die Sache zu prüfen, und sich mit derselben zufrieden zu erklären, bevor der Verkauf als perfect und unwiderruflich galt.

Jede gesetzliche Präsumtion ist mit Recht aufgegeben worden. Für beide Gesetzbücher ist bemerkenswerth die Gleichstellung des Kaufs auf Probe mit dem Kauf nach Zahl, Maaß oder Gewicht hinsichtlich des Gefahrsüberganges.

V. Daß auch dem Englischen Recht unser Institut bekannt ist, bezeugt Leone Levi Commercial law of the world Vol. I. pars II. S. 310, mit Berufung auf Brown's Law of sale p. 32, ohne jedoch dessen juristischen Charakter näher zu bestimmen.

### 7) Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Canton Zürich.

### §. 46.

Das Züricherische Gesetzbuch vom 28. December 1853, welches als ein treffliches Product Deutscher Rechtswissenschaft unsere besondere Theilnahme in Anspruch nimmt, gibt die seit Cropp in der Deutschen Theorie herrschende Meinung, jedoch ohne deren Inconsequenzen, getreu wieder.

Art. 1392. Wenn der Kaufvertrag unter dem Vorbehalt der Einsicht, Prüfung und Billigung der Waare abgeschlossen wird (Kauf auf Besicht, auf Probe, auf Versuch), so ist im Zweifel anzunehmen, er sei unter der Suspensivbedingung abgeschlossen, daß der Käufer billigen werde. Es kann aber auch das verabredet sein oder aus den Umständen als Meinung der Contrahenten geschlossen werden, daß die Auflösung des Kaufvertrags von der Mißbilligung des Käufers abhängig sein solle [1]).

1) „In der Berathungscommission wurde die Meinung geäußert, wenn die Waare vor der Prüfung dem Käufer zugeschickt sei, und dieser sie ohne Vorbehalt empfangen habe, so sei eher auf die Meinung der Resolutivbedingung zu schließen. Indessen ist dieser Schluß aus einer

Art. 1393. Bei dem Kauf auf Probe steht es in der Willkühr des Käufers, die Waare zu billigen, oder zu mißbilligen. Der Verkäufer aber ist berechtigt, den Käufer zu einer beförderlichen Erklärung aufzufordern, mit der Androhung, entweder daß im Fall längerer Säumniß des Käufers auch der Verkäufer sich nicht mehr durch den Vertrag gebunden erachte, oder [2]) der Kauf als unbedingt angesehen werde.

Art. 1394. Einer wörtlichen Erklärung der Billigung bedarf es nicht. Sie kann auch aus den Umständen [3]) gefolgert werden, namentlich aus der Art der Annahme und aus der Verfügung über die Waare durch den Käufer.

Art. 1395. Wenn ein Reugeld verabredet oder gegeben worden ist, so steht es, insofern nicht etwas Anderes bestimmt worden, beiden Theilen [4]) gegen den Verlust des Reugeldes frei, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, und denselben aufzukündigen. Wer das Reugeld gegeben, verliert es, wenn er zurücktritt, und erhält es doppelt zurück, wenn der Empfänger zurücktritt.

Art. 1396. Das Recht zum Rücktritt aus Reue hört auf:

---

Thatsache, welche dem Vertragsabschlusse folgt, zu gewagt, und es wurde insbesondere darauf aufmerksam gemacht, daß Käufe von Vieh häufig auf Probe abgeschlossen werden im Sinne einer Suspensivbedingung, obwohl die Contrahenten einverstanden seien, daß dasselbe vorerst in den Stall des Käufers gebracht werde." (Privatrechtl. Gesetzbuch für den Canton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redactor des Gesetzes. Zürich 1855. Bd. III. S. 370).

2) „Diese zweite Androhung ist mit Rücksicht auf die Meinung der Resolutivbedingung beigefügt." (A. a. O. S. 371).

3) „Das Schweigen des Käufers, nachdem er die Waare geprüft hat, kann sowohl die Billigung als die Mißbilligung, überdem die Unentschiedenheit in sich bergen. Anders wenn der Käufer die Waare magazinirt nachdem er sie geprüft hat, mit seinem Zeichen versieht, zum Verkauf stellt, weiter darüber disponirt." (A. a. O. S. 372). Vergl. Bluntschli, Deutsches Privatr. II. S. 45.

4) „Es kann auch eine einseitige Reue verabredet sein, sei es zu Gunsten des Verkäufers oder des Käufers." (A. a. O.)

a) wenn die dafür angesetzte Frist abgelaufen ist;
b) wenn ein Theil des Kaufpreises bezahlt worden ist[5]);
c) wenn der Käufer die Waare in Empfang genommen, und versäumt hat, mit Beförderung sein Recht auszuüben.

Art. 1397. Das zum voraus hingegebene Reugeld wird an dem Kaufpreise abgerechnet, wenn der Kaufvertrag festgehalten wird. —

§. 47.

## Cap. III. Das geltende gemeine Recht.

### I. Herrschaft der Römischen Grundsätze. Die Praxis. Verhältniß zu den üblichen Vertragsclauseln.

Daß die Grundsätze des Römischen Rechts über den Handel nach Belieben auch noch gegenwärtig gelten, zeigt die im vorhergehenden Kapitel versuchte Uebersicht der neueren Praxis und der auf eben dieser Basis beruhenden zahlreichen Deutschen und auswärtigen Gesetzgebungen. Auch von einer gewohnheitsrechtlichen Fixirung ihres Inhalts, einer herrschenden Usualinterpretation, kann nicht füglich die Rede sein, da bis auf die neueste Zeit hinab jeder erhebliche Punkt streitig war, und, bei ungenügender Behandlung der Quellen, sein mußte[1]). Selbst die Uebereinstimmung aller neueren Gesetzgebungen darüber, daß der Handel nach Belieben (Kauf auf Probe) präsumtiv oder schlechthin als ein suspensivbedingter Vertrag gelten solle, erscheint keineswegs als ein Zeugniß modernen Gewohnheitsrechts. Denn einestheils wiesen hierauf überall die zur Zeit der Redaction herrschenden Theorieen der gemeinrechtlichen Schriftsteller oder die zum Muster dienenden älteren Gesetzbücher, z. B. der Code civil, hin; andererseits findet sich in den einzelnen

---

5) „In der Zahlung des Käufers und der einfachen Quittirung des Verkäufers liegt die theilweise Vollziehung und damit die abschließende Bekräftigung des Kaufgeschäfts. Die Reue ist aber in der Regel nur gestattet vor der Erfüllung des Vertrages". (A. a. O. S. 373).

1) Vgl. oben §. 2. 3. 4. und die neueren Gesetzbücher mit ihrer Litteratur §. 35 — 46.

Gem.-Kauf. §. 47.



Folgesätzen durchaus kein Einklang. So wenig daher, nach geltendem gemeinem Recht, der Prüfungsvorbehalt irgendwo subintelligirt werden darf [2]), so sicher müssen die in den §§. 16—27 dieser Abhandlung entwickelten richtigen Principien des Römischen Rechts überall da angewendet werden, wo die Betheiligten durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt, sei es die Perfection, sei es die Stätigkeit, sei es die Wiederaufhebung des Kaufs von dem reinen Belieben des Käufers haben abhängig machen wollen.

Aus der neuesten Deutschen Gerichtspraxis liegt eine beträchtliche Anzahl von Fällen vor, welche durchaus nach diesen Principien entschieden sind [3]). Auf die reichhaltige Hamburgische Praxis bezüglich der Clauseln „auf Besicht", „auf Nachstechen" ꝛc. komme ich weiter unten zurück.

---

2) Vgl. oben §. 34 zu Note 2. Dies ist also kein Grundsatz des heutigen (gemeinen) Civilrechts, wie Mittermaier, Deutsch. Privatr. II. §. 564 Note 2 will, sondern nur des Französischen und Spanischen Rechts. Ueber particuläre Usancen vgl. unten §. 53.

3) a. Beklagter hatte bei Klägern eine Partie Herrenshawls mit dem ausdrücklichen Bemerken bestellt, „daß er, was ihm nicht passe, zur nächsten Neujahrsmesse franco nach Leipzig retourniren werde". Beklagter hatte demnächst einen Theil der empfangenen Shawls an Kläger zurückgesendet, und diese waren ohne vertretbare Schuld des Beklagten verloren gegangen. Es handelte sich um die Gefahrstragung. Das Oberappellationsgericht zu Dresden nahm an, der Vertrag sei vor der Billigung nicht perfect gewesen, daher die Gefahr beim Verkäufer verblieben. Richtiger wäre ein pactum displicentiae angenommen worden, das juristische Resultat wäre dasselbe geblieben. §. 19. (Seuffert's Archiv II. Nr. 46.)

b. Beim Kaufe eines Fuchswallachs war angeblich auf Antrieb des Verkäufers die Modification hinzugefügt „Kläger solle das Pferd mitnehmen, um sich zu überzeugen, ob es gut und brauchbar sei; gefalle es ihm nicht, so solle er es zurücksenden, und der Handel sei dadurch aufgehoben". Die Juristenfacultät zu Rostock nahm Resolutiv-Bedingtheit an, „ungeachtet bei dem vorliegenden Handel auf Besicht die Vermuthung im Zweifel für eine Suspensivbedingung streite". (Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock S. 1 ff.).

c. Beklagter hatte eine Quantität Granaten mit der Bemerkung

Insbesondere gehören hierhin die an diesem Ort nicht weiter zu berührenden Prämiengeschäfte, bei welchen einem der Contrahenten ein Wahlrecht in Bezug auf Erfüllung oder Rücktritt gestattet ist: also das einfache Prämiengeschäft, das zweischneidige Prämiengeschäft, das Zweiprämiengeschäft, und der Schluß auf fest und offen. Und zwar fallen sie sämmtlich unter die Theorie des resolutivbedingten Handels nach Belieben mit

---

bestellt, „die nicht dienlichen werden Sie mir wohl erlauben, franco zu retourniren". Drei Wochen nach dem Empfang schickte er sämmtliche Granaten mit der Erklärung zurück, daß er sie gar nicht brauchen könne, weil er inzwischen ein vortheilhaftes Tauschgeschäft gemacht habe. Das Handelsschiedsgericht zu Reutlingen erkannte dahin, daß Beklagter die Granaten behalten müsse, weil er sofort, spätestens aber 14 Tage nach dem Empfang der Waare (diese sind, nach Würtembergischem Handelsgebrauch, die längste Frist für alle Einwendungen gegen die Empfangbarkeit) dieselbe hätte zurücksenden müssen. (Rechtl. Entscheidungen und Gutachten der Würtembergischen Handelsgerichte und Handelskammern. Erste Lieferung. Stuttgart 1851. S. 29. 30). Hier lag wohl ein pactum displicentiae vor, also mit der gemeinrechtlichen Redhibitionsfrist von 60 Tagen.

d. In Sachen B. und K. c. S. hat das Bremer Handelsgericht am 6. December 1855 entschieden, daß, wenn Waaren unter der Bedingung, „daß sie dem Käufer bei ihrer Ankunft gefielen", gekauft sind, sich der Käufer nach Zusendung der Waare binnen einer, den Umständen nach angemessenen Zeit zu erklären hat. Ist eine geraume Zeit seitdem verflossen, und der Käufer hat sich in den während jener Zeit gepflogenen Verhandlungen nie auf jene Clausel bezogen, sondern nur anderweitige Monita erhoben, so liegt darin eine stillschweigende Billigung (Schletter's Jahrbücher III. S. 105). Vgl. auch das Decret in Sachen B. c. K. vom 3. Januar 1856 (eod. III. S. 106).

e. Eine Partie Gerste war gekauft „unter Vorbehalt der Genehmigung der Qualität nach der den Käufern am folgenden Tage vorzulegenden großen Probe". Es wurde hierin von allen 3 Instanzen ein Handel auf Besicht gesehen, welcher bis zur erklärten Genehmigung des Käufers suspensivbedingt sei. (Sammlung von Erkenntnissen — des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen. Band II. Abtheilung 2. (1852 — 1855). S. 895 ff.)

Gen. Kufl.



Hinzutritt eines Reugeldes (Prämie)[4]), nicht des eigentlichen pactum displicentiae [5]), weil eine Hingabe und eventuelle Rückgabe hier nicht stattfindet, sondern nur Lieferung nach erlangter Gewißheit über die Stätigkeit des Geschäfts. Praktisch ist freilich der Unterschied zwischen den drei Formen des Handels nach Belieben hier wenig erheblich, da es sich stets um Gattungskäufe handelt, bei welchen vor Eintritt der Lieferungszeit keine Individualisirung, also auch kein Gefahrsübergang stattfindet [6]). Auch die juristischen Unterschiede in Betreff der Zeit der Erklärung kommen hier kaum in Betracht, da schwerlich ein Prämiengeschäft ohne feste Lieferungs- oder Erklärungszeit abgeschlossen werden dürfte.

## §. 48.

Wie schon in einigen der bisher mitgetheilten Urtheile, so wird auch in anderen der Handel nach Belieben, vornehmlich aber die suspensivbedingte Art desselben, nach Vorgang der neueren Doctrin, mehrfach als Kauf „auf Besicht" oder „auf Probe" bezeichnet[7]). Einige Neuere scheiden allerdings den

4) In den Schlußzetteln der Berliner Börse heißt es gewöhnlich: „Will der Verkäufer (Käufer) von dem Geschäft zurücktreten, so steht ihm frei, zu jeder Zeit dem Käufer (Verkäufer) zu erklären, daß er statt der Erfüllung ein, auf — festgesetztes Reugeld zahlen wolle. Er ist sodann zur Zahlung dieser Summe an demselben Tage, an welchem er sich erklärt, verbunden, und durch die solchergestalt geleistete Zahlung aller Verbindlichkeit aus dem gegenwärtigen Geschäft enthoben". Einen neueren Rechtsfall mit Entscheidungen Oesterreichischer Gerichtshöfe siehe Allg. Oesterr. Gerichtszeitung 1856 Nr. 83 und 1857 Nr. 53.

5) Wie die Meisten wollen, freilich ohne den Unterschied zwischen resolutivbedingtem Kauf und dem Handel mit pactum displicentiae (cf. §. 16. 19. 20) zu erkennen. Namentlich Thöl Der Verkehr mit Staatspapieren S. 74—108. 164—166. 203—218, und dessen Handelsrecht I §. 91—95. 97.

6) Die Gefahr ist hier eine ganz andere: die des Steigens und Fallens der Preise (Kurse).

7) O.A.G. zu Dresden 22. Januar und 28. Juni 1848: Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1848, Nr. 48 (Seuffert's Archiv II.

Kauf auf Besicht von dem Kauf auf Probe in der Weise, daß der erste suspensivbedingt, der letztere resolutivbedingt sei, und daß beim Handel auf Besicht die Waare stets in der Gewahrsam des Verkäufers bis zur Billigung verbleibe, dagegen beim Handel auf Probe dem Käufer zur Prüfung übergeben werde [8]). Diese Scheidung ist in jeder Beziehung unhaltbar. Soll damit gesagt werden, daß unsere Rechtssprache die suspensivbedingte Art des Handels nach Belieben mit Kauf auf Besicht, und die resolutivbedingte Art mit Kauf auf Probe bezeichne, so wird das Gegentheil durch die Terminologie der neueren Gesetzbücher erwiesen, welche unter dem „Kauf auf Probe" einen suspensivbedingten Handel verstehen [9]). Soll damit die Art der Prüfung als juristisch relevant bezeichnet werden, so daß es einen

---

Nr. 169). O.A.G. zu Cassel 4. Mai 1836 (Zeitschr. f. Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. Cassel 1837. Heft 2. S. 194). Nürnberger Handelsgericht 11. Februar 1836 (Sammlung einiger Nürnbergischen Handelsrechtsgewohnheiten. Nürnberg 1846. S. 18.) O.A.G. zu Darmstadt 25. April 1855. (Seuffert IX. Nr. 277). Vgl. auch die Preußischen Rechtssprüche oben §. 38. Not. 10, und die Terminologie in §. 34.

8) Die Ausdrücke, sofern nicht ausschließlich einer oder der andere angewendet wird, werden von allen Schriftstellern als gleichbedeutend gebraucht, bis auf Puchta Pandekten §. 360 und Vorlesungen; Brinckmann §. 84. 85 Die Verworrenheit bei dem letztgedachten Schriftsteller erklärt sich einfach daraus, daß er im §. 84 den Handel nach Belieben darstellen wollte, diesem aber viel zu enge und zum Theil unrichtige Grenzen steckte, während er in den §§. 85 und 88 von den im Hamburgischen Handel üblichen Clauseln „auf Besicht", „auf Nachstechen", „auf Nachziehen" sprechen will, und daraus irrig besondere Institute macht, welche dem Handel nach Belieben coordinirt seien, statt deren juristische Natur in Bezug auf diesen zu untersuchen. Hier ist das im Text nach Note 16. Bemerkte zu berücksichtigen. Bender I. §. 87. 88. scheidet zwar Handel auf Besicht und Handel auf Probe, versteht aber unter letzterem den Handel nach Probe. Vgl. oben §. 34. Note 8.

9) Vgl. §. 38. 39. 41. 43—46, und über die Probezeit §. 30. Auch Beseler, Deutsches Privatrecht III. S. 816. Not. 21. und Thöl §. 71. Not. c.

Gem. Recht.



Unterschied mache, ob sich der Kauflustige durch bloßes Ansehen, oder durch Befühlen, Schmecken, Riechen, Bearbeiten über die Qualität der Waare unterrichte, so spricht dagegen, auch abgesehen von den unzweideutigen Vorschriften des Römischen Rechts [10]), die praktische Unmöglichkeit, diese verschiedenen Prüfungsmethoden in irgend erkennbarer Weise zu scheiden. Durch bloßes Besehen — mit dem Auge allein — wird selten eine Waare geprüft: die verschiedenen Sinne wirken fast überall zusammen, mit Vorherrschen bald des einen, bald des anderen. Auch das kann nicht entscheiden, ob die Waare dem Kauflustigen übergeben wird, denn solches geschieht meist nur dann, wenn zur Prüfung längere Zeit erforderlich ist, wie bei Büchern, Noten, musikalischen Instrumenten, Thieren — ein Umstand, welcher unmöglich für die juristische Natur des Geschäfts an sich in Betracht kommen kann [11]).

Ganz unabhängig hievon ist eine andere Frage, auf welche ich bereits im Eingang dieser Abhandlung hingewiesen habe: ob nämlich in unserem heutigen Verkehr sich gewisse technische Vertrags-Clauseln ausgebildet haben, aus welchen auf ein nachträgliches Prüfungsrecht des Käufers geschlossen werden darf, und ob diese Clauseln schlechthin nach den Regeln des Römischen Handels nach Belieben beurtheilt werden dürfen.

Dergleichen technische Clauseln, welche hauptsächlich durch den Gebrauch der in bestimmtem Geschäftsstyl — mit oder ohne Zuziehung von Mäklern — abgefaßten Schlußzettel aufgekommen, und aus diesen in den formlosen mündlichen und brieflichen Geschäftsverkehr übergegangen sind, werden von den Contrahenten stets in einer festen materiellen Bedeutung angewendet, während über deren juristische Bedeutung unter den Betheiligten selbst nicht selten mehr oder weniger Unklarheit herrscht. Die nächste Aufgabe des Richters wie des Schriftstellers ist hier, den wahren Willen der Betheiligten bei Geschäften dieser Art, das id quod actum est, zu erforschen, um hie-

---

10) Vgl. §. 16. Note 6.

11) Vgl. oben S. 115. Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. (Berlin 1857) S. 184.

nach die juristische Natur der Clausel zu bestimmen. Einen bedeutsamen Anhalt gewähren uns dafür die zahlreichen Entscheidungen aus der Praxis Hamburg's, wo diese Clauseln vorzugsweise üblich sind, und, aller Wahrscheinlichkeit nach, ihren Ursprung genommen haben [12]). Wir haben folgende Clauseln zu prüfen: „Auf Besicht", „Auf Nachstechen", „Auf Nachziehen", „Nach Probe und auf Besicht" „Wie zu besehen." Daß der Ausdruck „auf Probe" und ähnliche als technische Vertragsclauseln vorkämen, ist mir nicht bekannt; jedenfalls lassen die neueren Gesetzgebungen keinen Zweifel, daß auf solche Clauseln die Theorie des Handels nach Belieben angewendet werden müßte. Die allerdings technische Clausel „nach Probe" („laut Probe", „nach Muster", „laut Muster") gehört unbestritten nicht hierhin; sie bezeichnet einen durchaus unbedingten Kauf, bei welchem die zugesagte Gattung und Qualität oder eins von beiden allein oder in Verbindung mit anderweitigen mündlichen oder schriftlichen Angaben durch eine Probe, ein Muster, als das Vorbild der zu liefernden Waare, bezeichnet wird. Das Versenden von Büchern „zur Ansicht" enthält meistens nur eine Offerte zur Vertragsschließung; wenn mehr, unterliegt es durchaus den Grundsätzen des Handels nach Belieben.

---

12) Vgl. Trummer im Archiv f. das Handelsrecht I. S. 332 — 345 (1818): Ueber die Clausel „auf Besicht". Ferner Archiv f. das Handelsrecht II. S. 574 — 588. Pöhls Zur Lehre vom Kaufe auf Besicht (Hamburg. Zeitschrift für Politik, Handel und Handelsrecht. Dritter Jahrgang Bd. I. 1836. S. 34 — 46.) Hirsch Der Handel auf Besicht, erläutert durch Präjudicate des Hamburgischen Handelsgerichts. (Neues Archiv für Handelsrecht 1858. I. S. 155 — 171). Für den Römischrechtlichen Theil dieser Untersuchungen konnte ich die letztgedachte Abhandlung nicht mehr benutzen, da das erste und zweite Heft der Zeitschrift bei ihrem Erscheinen bereits gedruckt, und das erste ausgegeben war. Das Nöthige soll in dem beigegebenen Nachtrag vermerkt werden.

## II. Die einzelnen Clauseln.

### 1) Die Clausel „Auf Besicht" *).

### §. 49.

Ein mit dieser Clausel geschlossener Handel gehört unstreitig in das Gebiet des Handels nach Belieben und unterliegt dessen Grundsätzen, soweit nicht im Folgenden Abweichungen bemerkt werden: Der Käufer darf beliebig auch eine an sich ganz untadelhafte Waare aufschießen[13]). Es wird also unter dem wörtlich allein vorbehaltenen Recht der Prüfung zugleich gewohnheitsrechtlich die Befugniß willkührlicher Verwerfung mitverstanden. Ob dagegen die Clausel im Sinne einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung gemeint sei, über diese Hauptfrage wie über die einzelnen Folgesätze fehlt es durchaus an einer constanten Praxis. Die Behauptung Trummer's, und des neuesten Hamburgischen Schriftstellers, Hirsch, daß dort allmählich die Ansicht von der resolutiven Natur des Handels auf Besicht vollständig zur Geltung gekommen sei, erweist sich bei näherer Prüfung der von beiden mitgetheilten Urtheile als schlechthin unbegründet.

In Sachen Jänisch c. Keetmann vom 12. Januar 1818 heißt es zwar: — „wenngleich der Handel auf Besicht durch die Erklärung des Käufers, von dem Handel desistiren zu wollen, resolvirt werden kann"; — dagegen in Sachen Thran c. Krutisch vom 27. Juni 1821 „— daß — die Suspensivbedingung des Besehens der Waare für aufgegeben, und der

*) In den Schlußzetteln steht entweder diese Clausel wörtlich, oder dafür der Ausdruck „zu besehen" mit Angabe der Frist, innerhalb deren der Besicht geschehen soll, z. B. „morgen (in 24 Stunden, in 3 Tagen) zu besehen".

13) Erkenntnisse des Hamburger Handelsgerichts bei Trummer a. a. O. S. 344, bei Hirsch a. a. O. S. 163. 167. Allgemeine Hamburgische Usancen beim Waarenhandel vom 31. December 1853. §. 1.— „Bei einem Verkauf auf Besicht hat der Käufer das Recht, die gekaufte Waare, nach geschehener Besichtigung, ohne Angabe von Gründen, aufzuschießen". — (Hamburger Handelsarchiv S. 149).

Handel für perfect zu erachten". — Vgl. auch die oben §. 47, Not. 3 mitgetheilten Erkenntnisse, in denen zwar nicht die Clausel auf Besicht, aber doch eine von den urtheilenden Gerichten offenbar für durchaus identisch erachtete Stipulation zur Sprache kam.

Die wichtigste[14]) Consequenz, die Frage nach der Gefahrstragung, ist niemals Gegenstand der Entscheidung gewesen; wohl aber die andere, praktisch sehr erhebliche, ob das Schweigen des Käufers nach vorgenommenem Besicht als Billigung oder als Mißbilligung zu deuten sei, und wer den Beweis (der Genehmigung oder Mißbilligung) zu führen habe. Trummer theilt mit, daß nach der Praxis der Verkäufer die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Käufers zu beweisen habe[15]). In der bereits erwähnten Sache Jänisch c. Keetman ist nicht, wie Hirsch meint, der entgegengesetzte Grundsatz durchgedrungen, sondern es wird nur die stillschweigende Genehmigung aus dem Nehmen und Behalten einer Probe gefolgert[16]), sofern nicht diese Folgerung durch eine sofortige Protestation des Klägers ausgeschlossen wird. Der Beweis der Genehmigung liegt nun dem Verkäufer nur beim suspensivbedingten, nicht beim resolutivbedingten Vertrage ob, zwischen Hauptsatz und Folgesatz waltet also, sofern wirklich resolutive Bedingtheit gemeint war, ein entschiedener Widerspruch.

---

14) Es ist ein arger Irrthum, wenn Hirsch S. 161 diese Frage für irrelevant erklärt. Geht beim resolutivbedingten Handel die Waare vor der Mißbilligung unter, so ist diese letztere ohne Gegenstand, eine Auflösung nicht mehr möglich. Vgl. oben §. 18. Not. 24, und die §. 35—46 angeführten neueren Gesetzgebungen. Eine ähnliche Ansicht ist bei der Nürnberger Berathung ausgesprochen, aber entschieden zurückgewiesen worden: Protokolle S. 610. 611. Das pactum displicentiae wird allerdings nach den Regeln des ädilitischen Edicts beurtheilt (oben §. 19), allein der resolutivbedingte Kauf ist eben nicht mit diesem identisch. Vgl. §. 16. 20.

15) A. a. O. 340. Ebenso Pöhls Handelsrecht I. S. 168. Cropp S. 205. Not. 37. Brinckmann §. 85. Not. 8. — sämmtlich Hamburgische Schriftsteller.

16) Was unter Umständen richtig sein kann, keineswegs schlechthin. Vgl. Cropp S. 206. Pöhls S. 169. Brinckmann S. 299 Holzschuher II. S. 647. 648.

Die entgegengesetzte Inconsequenz begegnet uns in dem Erkenntniß Thran c. Krutisch, wo, ungeachtet der suspensivbedingten Natur des Handels, gleichwohl das Vorübergehenlassen des Besichtigungstermins als „Aufgabe der Suspensivbedingung, mithin der Handel für perfect erachtet, und Käufer zum Empfang verpflichtet" wird.

Ueber diesen Punkt indessen — freilich nur über diesen — scheint die neueste Praxis sich in dem Sinne des letzterwähnten Urtheils festgestellt zu haben [17]) — indessen lassen sich daraus keine weiteren Schlüsse für die resolutive Natur des Handels entnehmen, da hierzu eben dieselben Utilitätsrücksichten beigetragen haben dürften, welche neuere Gesetzgebungen, trotz der anerkannten suspensiven Bedingtheit, zu der gleichen Festsetzung vermocht haben [18]).

In Betreff der Zeit der Besichtigung und Erklärung werden durchaus die oben §. 20 entwickelten gemeinrechtlichen Regeln befolgt: alsbaldige Besichtigung und Erklärung erscheint im Zweifel geboten, sowie alsbaldige Erklärung nach geschehener Besichtigung; einer Aufforderung des Verkäufers bedarf es nicht [19]).

---

17) Urtheile in Sachen Koop u. Comp. c. Gabain 1837; Wihnans c. Flint 25. November 1837. Schubart c. Bade 9. December 1848. Allgemeine Usancen §. 1: — „Erfolgt eine Erklärung darüber nicht bis 1½ Uhr des nächsten Werktages nach geschlossenem Kaufe, so ist das Geschäft als anerkannt zu betrachten". Vgl. jedoch das §. 47. Not. 8. e angeführte Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

18) Vgl. §. 35. Not. 2. §. 38. Not. 15. §. 42. Not. 34. §. 44. Vgl. auch Hirsch S. 159. 160. Bemerkenswerth ist es ferner, daß alle hanseatischen Schriftsteller, wie Pöhls, Cropp, Brinckmann, die suspensive Bedingtheit des Geschäfts behaupten. Vgl. namentlich Pöhls in der Hamburgischen Zeitschrift III. S. 39: „Es dürfte jetzt wohl außer Zweifel gesetzt betrachtet werden können, — daß der im kaufmännischen Leben übliche Verkauf auf Besicht als unter einer Suspensivbedingung geschlossen anzusehen ist, wo nicht besondere Vereinbarungen hinzugekommen sind".

19) Urtheile bei Hirsch S. 163. 164. 167. 170. Pöhls S. 169. Brinckmann S. 356. Vgl. Not. 17. So auch allgemein für alle Geschäfte in loco, wo es auf eine Besichtigung der Waare an-

Ebenso treffen hier durchaus die oben §. 26 entwickelten Regeln über die weitere Haftung des Verkäufers für Gewährsmängel zu, soweit nicht die Particularrechte, wie namentlich das Hamburgische, diese Garantie in noch höherem Grade einschränken [20]).

Es bleibt uns, nach dieser Darstellung der Hamburgischen Praxis, endlich noch zu erwägen, ob aus der wirthschaftlichen Natur der Clausel, aus der Natur der Sache, sich feste juristische Resultate gewinnen lassen.

Es steht fest, daß bei einem Handel mit der Clausel auf Besicht die Waare regelmäßig im Gewahrsam des Verkäufers bis zum Empfang bleibt [21]); allenfalls nimmt der Kauflustige nach geschehener Besichtigung eine Probe. Es kann also auch nicht als die Meinung des Contrahenten angesehen werden, daß einer derselben befugt sein solle, vor der Besichtigung die Lieferung oder Abnahme der Waare zu verlangen [22]) — wozu er, bei Annahme einer Resolutivbedingung, allerdings berechtigt wäre, wenngleich er selten genug von diesem Rechte Gebrauch machen dürfte. Es ist ferner sicher, daß diese Clausel vorzüglich häufig — wenn auch nicht ausschließlich — gebraucht wird, wo eine Besichtigung der Waare noch vor dem Kaufabschluß aus irgend einem Grunde unthunlich ist, andererseits aber eine noch so genaue Beschreibung und selbst eine Probe derselben unzureichend wäre, die Beschaffenheit des ganzen Quantums mit Sicherheit darzulegen: wo es auf ganz feine Nüancen nach Farbe, Aussehen, Geruch, Ge-

---

kommt: die Lübecker Getreidehandelusancen §. 3. (Preuß. Handelsarchiv 1856. II. S. 131.)

20) Archiv f. Handelsrecht II. S. 574. Cropp S. 207. 221. Hirsch S. 165—169. Mit Hirsch ist allerdings anzunehmen, daß die bei dem Besicht stattfindende Billigung durchaus den Empfang ersetzt. Vgl. auch Brinckmann S. 312. ff. Baumeister I. S. 345. ff.

21) Insofern ist die Darstellung Cropp's S. 193, Brinckmann's §. 85 völlig gegründet. Vgl. auch Hirsch S. 156. Sie ist unbegründet, sofern dieser Satz von dem Handel nach Belieben überhaupt gemeint ist. Vgl. oben S. 115. Thöl S. 303. Not. 26 scheidet das, bei seinem Widerspruch, nicht gehörig.

22) Hier, aber auch nur hier, trifft die Argumentation Cropp's S. 196 zu.

Gene - Kauf.
Auf besicht.



schmack, auf Abweichungen innerhalb des Kaufquantums selbst ankommt[23]). Hier will der Käufer nur seinen eigenen Sinnen vertrauen, der Verkäufer [24]) sich allen Weiterungen über die Qualität, namentlich auch über etwaige Verschiedenheiten innerhalb des verkauften Quantums entziehen. An eine Ueberlegungsfrist — welche nicht selten durch den Abschluß eines Handels nach Belieben gewährt werden soll — ist hier schwerlich zu denken, zumal im Großhandel schleunige Entschließung die Regel bildet. Der Kauflustige will die Waare nur „wenn sie ihm gefällt" — ob sie ihm gefällt, soll durch den Besicht ermittelt werden. Das oben gegen die Annahme einer Suspensivbedingung für den Handel nach Belieben im Allgemeinen angeführte Argument, daß eher der Käufer, als der Verkäufer die Gefahr tragen müsse, weil der letztere durch den Verkauf der Disposition über die Waare entsagt habe [25]), trifft für den Großhandel bei den heutigen Verkehrsverhältnissen nicht zu. Der Verkäufer wird in der Regel die Waare versichert haben — dem Käufer dagegen wird es meist unmöglich, und jedenfalls nicht zuzumuthen sein, in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Besicht aufs Ungefähr die Waare zu assekuriren [26]).

---

23) Urtheil des Hamburger Handelsgericht bei Pöhls Zeitschrift S. 36. Hirsch S. 156. Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs S. 609. 610.

24) Vgl. oben §. 26, und Pöhls Zeitschrift S. 38. 44.

25) Oben S. 117. Uebrigens hätte schon dort bemerkt werden können, daß diesem für den Kauf im Allgemeinen zutreffenden Grunde in unserem Falle gewichtige Bedenken entgegenstehen. Ich lege auf denselben um so weniger Gewicht, als mir gemeinrechtlich jede juristische Präsumtion unthunlich erscheint.

26) Der Satz des Holländischen Handelsgesetzbuchs Art. 263 und des Würtemberg. Entwurfs Art. 447, daß der Käufer im Zweifel von selbst in alle Rechte des versicherten Verkäufers eintrete, ist kein gemeinrechtlicher, und in dieser Allgemeinheit selbst legislativ bedenklich. Vgl. Pöhls Darstellung des Seeassekuranzrechts I. S. 148. ff. Thöl Entscheidungsgründe Nr. 271. 273. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten Art. 343 und Motive S. 192; Protokolle der Berliner Sachverständigencommission S. 98.

Die überwiegenden Gründe sprechen also dafür, daß die Contrahenten eine Suspensivbedingung gemeint haben, womit sich dann, allerdings nicht als ein Satz des wissenschaftlichen, wohl aber des gewohnheitlichen [27]) oder gesetzlichen Rechts, noch immer die Folgerung einer stillschweigenden Billigung aus dem Schweigen des Kauflustigen vereinigen ließe.

2) Die Clauseln „Auf Nachstechen" und „Auf Nachziehen" *).

§. 50.

Durch diese Clauseln behält sich der Käufer gleichfalls eine nachträgliche Prüfung der Waare vor: die Clauseln bezeichnen das Mittel der Prüfung. Das Nachstechen geschieht bei Kaffee und insbesondere bei Zucker mittelst eines Bohrers, sei es in ein bereits vorhandenes Bohrloch oder in ein neues, in die Kiste zu diesem Zwecke gemachtes. Das Nachziehen kommt bei der Baumwolle vor [28]). Dieser Vorbehalt der Prüfung kann nun allerdings, wie bei der Clausel auf Besicht, den stillschweigenden Vorbehalt der willkührlichen Mißbilligung involviren, und alsdann würden diese Clauseln juristisch für völlig gleichbedeutend zu erachten sein [29]), — allein nothwendig ist das nicht, und auch keineswegs zu vermuthen, weil im Zweifel nicht angenommen werden darf, daß die Stellung beider Contrahenten eine ungleiche hat sein sollen [30]). Denn der Vorbehalt kann sehr wohl auch nur im Sinne der Römischen degustatio beim Weinhandel gemeint sein, so daß durch die Prüfung lediglich die Empfangbarkeit festgestellt werden soll [31]). Es ist der Wille der Contrahenten zu erforschen.

27) Ob für Hamburg, ist troß der neueren Präjudicate nicht zweifelhaft. Vgl. Not. 17.

*) Gleichbedeutend „morgen nachzustechen", „innerhalb 48 Stunden nachzustechen".

28) Archiv f. Handelsrecht I. S. 533. II. S. 575 ff.

29) So Pöhls I. S. 170. Not. 12. Thöl S. 296. Not. * Zweifelnd Brinckmann §. 83. Die Art der Prüfung allein entscheidet allerdings über die rechtliche Natur des Geschäfts nicht. Vgl. oben §. 16. Not. 6. §. 27. III.

30) Vgl. oben §. 25.

31) Vgl. oben §. 9. 10.

Ueber diesen läßt nun eine ganz feststehende Praxis des Hamburgischen Handelsgerichts [32]) keinen Zweifel. Nach dieser haben Nachstechen und Nachziehen den einzigen Zweck, den Käufer über das Vorhandensein der zugesagten oder schlechthin vorauszusetzenden Sorte und Qualität zu vergewissern, also die Empfangbarkeit außer Zweifel zu stellen — die empfangbare Waare muß schlechterdings abgenommen werden. Der Verkäufer hat den Vortheil, schon vor dem Empfang über das Schicksal der Waare sicher zu sein. Die Clausel gehört also nicht der Theorie des Handels nach Belieben an. Prüfung und die demnächstige Erklärung müssen beschleunigt werden, bei Verlust aller Einwendungen gegen die Qualität.

Aus diesem letzten Satze könnte man folgern, daß ein solcher Handel, wie der Römische Weinhandel mit degustatio, im Zweifel als resolutivbedingt gelten müsse [33]) — indessen dürften die für die Clausel „auf Besicht" geltend gemachten Gründe, namentlich in Betreff der Gefahrstragung, auch hier für die suspensive Bedingtheit sprechen. Als bedingt aber muß ein solcher Vertrag schon um deswillen gelten, weil offenbar nicht der Zeit-

32) Erkenntniß in S. Jackson Carlisle u. Comp. c. Joh. Michael Schuldt vom 20. April 1816. Bartels u. Rimpau c. E. J. Bell vom 6. October 1838. Görne c. Schaar u. Claus 1. December 1851. F. Meier c. Fischer u. Sasse 28. Juni 1852. „Allgemeine Ansicht der Hamburger Börse" (Neues Archiv I. S. 165). Vgl. auch Archiv II. S. 375 ff.

33) Gegen Thöl §. 71. Not. * „Eine solche Bedingung (der Empfangbarkeit) ist gar keine Bedingung" ist Folgendes zu erwidern. Allerdings versteht sich die Empfangbarkeit gegenwärtig bei jedem Handel von selbst, und es wird schlechthin dafür gehaftet. Allein es steht nichts entgegen, daß die Contrahenten einen solchen selbstverständlichen Umstand auch besonders als Bedingung formuliren, und dann treten die von den gesetzlichen ganz verschiedenen Folgen des suspensiv- oder resolutivbedingten Vertrages ein. l. 19. §. 1. D. de condit. (35,1) und Fitting im Arch. f. civil. Praxis Band 39. S. 312. Unger, System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. S. 58 ff. Vgl. oben namentlich §. 18. 19. Ein solches Verhältniß regelt z. B. der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen §. 1091.

punkt der Abschließung, sondern der Prüfung über die Empfangbarkeit entscheidet. —

### 3) Die Clausel „Nach Probe und auf Besicht *).

### §. 51.

Nicht selten werden die Clauseln „nach Probe" und „auf Besicht" verbunden. Damit kann ein Doppeltes gemeint sein:

1) Die Waare solle der Probe entsprechen, so daß bei einem Gattungskauf der Käufer schlechthin befugt sei, eine solche Waare zu verlangen, bei dem Kauf einer Species Entschädigung wegen nicht vertragsmäßiger Lieferung zu verlangen, ohne jedoch verpflichtet zu sein, selbst eine probemäßige Waare anzunehmen. Der Zusatz nach Probe wäre also keineswegs, wie Cropp und die Französischen Juristen annehmen, überflüssig, sondern würde die Rechte des Käufers verstärken [34]).

2) Die Waare solle probemäßig sein; ob sie es sei, darüber habe der Käufer bei der demnächstigen Besichtigung sich zu erklären. Hier kämen entweder schlechthin die Principien des Kaufs nach Probe mit der Modification zur Anwendung, daß der Käufer durch Unterlassung rechtzeitiger Erklärung des Rechts, die Nichtprobemäßigkeit zu rügen, schlechthin verlustig gehe, der Vertrag übrigens weder suspensiv- noch resolutivbedingt wäre [35]): — oder, wofür mehr spricht, die im vorigen §. entwickelten Grundsätze, nur daß nicht Kaufmannsgut schlechthin genügen würde, sondern probemäßiges erforderlich wäre.

Das Oberappellationsgericht zu Lübeck hat in Sachen J. von Bergen u. Comp. c. Schröder, Mahs u. Comp. durch Erkenntniß vom 13. Januar 1826 sich für die zweite, beschränktere Auffassung der Clausel erklärt, und allerdings sprachen für diese Auslegung unbedenklich die Umstände des vorliegenden Falles. Doch wird man auch allgemein sich im Zweifel für diese entscheiden müssen, weil in der Regel anzunehmen ist, daß beide

*) Cropp I. Abh. 18. S. 220 — 224.

34) Vgl. oben §. 40. Not. 15. und Brinckmann §. 85. Not. 9.

35) Cropp S. 224. Thöl §. 82. Not. 25.

Theile in gleichem Maaße haben gebunden sein sollen [36]). — Daß bei einer Verbindung der Clauseln „Nach Probe und auf Nachstechen" [37]) nur diese Interpretation zulässig ist, versteht sich nach der obigen Ausführung von selbst.

## 4) Die Clausel „wie zu besehen."

### §. 52.

Durch diese Clausel erklärt der Verkaufslustige, bei Feilbietung der Waare, keine oder doch nicht mehr als eine gewisse Beschaffenheit derselben zusichern, und für keine sichtbaren Mängel einstehen zu wollen; er weist also den Kauflustigen an, sich durch eigene Anschauung über die Beschaffenheit des vorliegenden Guts zu vergewissern.

In der Regel geschieht hier die Besichtigung vor Abschluß des Handels, namentlich in den Auctionsverkäufen, wo diese Clausel vorzüglich häufig vorkömmt, es sind meistens nicht einmal Abreden über den Preis getroffen. Hier liegen bloße Tractate vor, welche keinen Theil binden [38]). Kommt dann später ein Kauf zu Stande, so sind beide Theile sogleich und auf die Dauer gebunden, und jeder Einwand gegen die Qualität der Waare ausgeschlossen. In die Schlußnote werden dann wohl die Worte „wie besehen" aufgenommen [39]).

Ist jedoch im Uebrigen der Vertrag perfect, so kann möglicherweise diese Clausel allerdings auch im Sinne der Clausel „auf Besicht" vorkommen, und unterliegt deren Regeln [40]).

---

36) Vgl. oben §. 25.

37) Brinckmann §. 88. Not. 2. Hamburger Handelsgericht in S. Bartels u. Rimpau c. E. J. Bell vom 6. October 1838. (Hirsch S. 164. 165.)

38) Vgl. oben S. 263. Thöl S. 347.

39) Pöhls S. 170. Brinckmann §. 86 und S. 299. Not. 11 Thöl S. 342 ff. Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechts Jahrgang II. Heft 2. S. 41. 43—45. Heise's Handelsrecht (Frankfurt 1858) S. 32.

40) Thöl S. 348. und §. 71 Not. * Vgl. oben S. 281. Daher geht

## Cap. IV. Particuläre Usancen.

### §. 53.

Der Vorbehalt der Prüfung mit beliebigem Verwerfungsrecht des Käufers wird nach Lokalusance bei manchen Waaren subintelligirt, es finden also in solchen Fällen zweifellos die gemeinrechtlichen Grundsätze vom Handel nach Belieben Anwendung, soweit nicht auch im Einzelnen sich besonderes Gewohnheitsrecht gebildet hat. So in Hamburg bei Geschäften über Stuhlrohr — nach der einzigen Mittheilung über diese Usance wären hier schlechthin die Grundsätze von der Clausel „auf Besicht" maaßgebend [41]). So bei sehr vielen Waaren — aufgeführt werden Südseethran, Reis, Kaffee, dagegen ausgeschlossen Cigarren — in Bremen, vorausgesetzt, daß ein einfacher Kauf (kein Lieferungsgeschäft ?) über eine am Ort lagernde individuell bezeichnete Waare (Species) abgeschlossen ist. Darüber hinaus ist die Usance nicht bezeugt [42]). Ungeachtet der wenig präcisen Mittheilungen des Handelsblatts ist doch anzunehmen, daß diese Käufe als suspensivbedingt gelten, da ausdrücklich hervorgehoben wird, daß erst durch die erklärte Billigung des Käufers der Vertrag perfect werde [43]).

Zur Abschneidung dieser vom Käufer denkbarer Weise mißbrauchten Befugniß dient vorzüglich die Clausel „Empfang erklärt", welche, wie ein wirklich stattgehabter Besicht, die Anfechtung wegen aller auch bei sorgfältiger Untersuchung erkennbaren

---

Brinckmann zu weit, wenn er die Clauseln für völlig verschieden erklärt.

41) Trummer im Archiv I. S. 339.

42) Bremer Handelsblatt 1853. Nr. 85. 104 Daraus Noback Die Handelsusancen S. 18.

43) Dies gilt schlechthin in Ermangelung einer verabredeten Erklärungsfrist. Dagegen soll die Clausel „bis heute Abend zu erklären" (also vermuthlich jede Verabredung einer Erklärungsfrist) nach einer beschränkenden Usance den Sinn haben, daß wenn der Käufer sich während dieser Frist nicht erklärt, der Handel als gebilligt erachtet wird.

Mängel ausschließt[44]), freilich auf der anderen Seite den Verkäufer insofern begünstigt, als sie nicht gerade die Möglichkeit einer Besichtigung voraussetzt.

Ebenso wird zu Marseille die Besichtsclausel bei allen Waaren subintelligirt, sofern nicht ein Lieferungskauf vorliegt[45]). Der Käufer ist nicht gebunden, sofern er nicht bei Eingehung des Vertrags oder später erklärt, die Waare gesehen oder gebilligt zu haben (vu et agréé) — übrigens gleichviel, ob er sie gesehen hat oder nicht. Vor der Billigung, sofern solche nicht schon bei Eingehung des Vertrages festgestellt wird, ist der Vertrag nicht perfect, also suspensivbedingt, ungeachtet der vom Marseiller Handelsgericht dem Käufer beigelegten Befugniß de résilier le marché[46]).

Uebrigens wird diese Clausel auch wohl ausdrücklich bedungen: in Marseille durch die Worte „vue en sus" (Besicht obendrein), in Nantes durch „vue dessus". In Nantes wird der schriftliche Kaufvertrag erst nach der Besichtigung errichtet, auch ist der Verkäufer nur eine Börse lang, vertragsmäßig wohl auch nur einen halben Tag, gebunden. Ist der Vertrag von beiden Theilen gezeichnet, so wird die Clausel im Sinne einer Resolutivbedingung behandelt. Das Marseiller Handelsgericht hat bei der Clausel vue en sus den Anspruch auf Rücktritt nach Ablauf von acht Tagen zurückgewiesen, also das Stillschweigen als Billigung behandelt.

---

44) Nicht unbedingt gilt dies hinsichtlich des Fehlens zugesagter Eigenschaften. Vgl. Bremer Handelsblatt a. a. O. Sammlung der Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in bremischen Civilrechtssachen Bd. I. S. 94 ff Bd. II. Abth. 1. S. 47 ff. 195 ff. Brinckmann §. 93. und namentlich Thöl §. 82. Not. 23. a.

45) Delamarre u. Lepoitvin Traité du contrat de commission. III. no. 194 — 196. Vincens Exposition raisonnée II. p. 58. 59. Girod u. Clariond Journal de jurisprudence commerciale et maritime tom. VII. 1. p. 69—57. t. XIV. 1. p. 254. t. XVII. 1. p. 271.

46) Denn in demselben Urtheil vom 6. Januar 1834 heißt es: — que la vente n'est parfaite, que lorsque les parties ont traité avec condition vu et agréé.

Von einer Bordeauxer Usance beim Weinhandel im Sinne der Römischen degustatio berichtet Duvergier[47]. —

## Dritter Abschnitt. Resultate für die legislative Gestaltung.

### I. Bisherige Entwürfe.

#### §. 54.

Von den neueren Civil- und Handelsgesetzentwürfen behandeln unser Institut:

1) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Würtemberg von 1839.

2) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1853.

3) Die Entwürfe eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1856 und 1857, und die auf deren Grundlage beruhenden Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Gesetzbuchs von 1857 und 1858.

I. Der Würtembergische Entwurf enthält unter der Rubrik „Kauf auf Besicht" folgende Bestimmungen:

> Art. 330. Beim Kaufe auf Besicht ist der Vertrag nicht abgeschlossen, ehe der Käufer die Waare geprüft und gebilligt hat. Zögert er mit der Prüfung länger als drei Tage nach erfolgter Aufforderung des Verkäufers, so kann dieser zurücktreten.
>
> Art. 331. Liegt die Waare nicht zur Prüfung vor, und ist dieselbe nur der Gattung, aber nicht der Art nach bestimmt, so wird angenommen, daß der Kauf auf Besicht geschlossen sei.

Hier ist die Theorie des suspensivbedingten Kaufs rein

---

47) Le droit civil français XVI. no. 108: In der Umgegend von Bordeaux ist der Verkäufer verpflichtet, die verkauften und bereits gezeichneten Weine abziehen zu lassen, und sobald sie auf das Lager des Käufers kommen, werden sie einer neuen Probe unterworfen, um zu ermitteln, ob das Verfahren, welchem sie unterzogen worden, nicht die Qualität einiger Stücke verändert habe; die mangelhaft befundenen bleiben für Rechnung des Verkäufers.

durchgeführt. Die gesetzliche Frist von 8 Tagen ist dem Badischen Landrecht entlehnt.

Art. 331 ist dem Spanischen Handelsgesetzbuch nachgebildet, obwohl mit wesentlichen Modificationen.

Aus den Motiven ergibt sich, daß die Annahme einer Resolutivbedingung unter Umständen nicht ausgeschlossen sein soll; daß ferner die dreitägige Erklärungsfrist nur für den Fall gilt, wenn inzwischen keine Prüfung erfolgt ist, weil alsdann nur sofortige Billigung des Käufers nach der Prüfung den Rücktritt des Verkäufers abzuwenden vermag.

Der Art. 331 ist offenbar principlos. Wer „100 Bouteillen Burgunder" bestellt, muß sich vernünftigerweise jede Sorte gefallen lassen, welche unter den Gattungsbegriff „Burgunder" fällt. Nach den Motiven soll diese Vorschrift keine Anwendung finden, sofern die Art durch den Handelsgebrauch bestimmt sei (?), auch wird der Käufer, ungeachtet seines freien Rücktrittsrechts, unter Umständen für schadensersatzpflichtig erklärt. (!)

II. Der Sächsische Entwurf schreibt im §. 1090 vor:

Von dem Kauf auf Prüfung (Probe).

Ist bei einer Kaufberedung dem Käufer überlassen worden, zu prüfen, ob er das Kaufstück für seine Zwecke brauchbar findet, so geschieht der Abschluß erst, wenn von ihm beifällige Erklärung bewirkt worden, oder nach der Verabredung anzunehmen ist. Es kann jedoch der Verkäufer während der Probezeit nicht anderweit darüber verfügen. Wurde das Kaufstück dem Käufer behufs der Prüfung zum Gebrauche übergeben, so wird er in der Zwischenzeit als Entlehner, nach seiner beifälligen Erklärung aber der Kauf Seiten des Verkäufers als erfüllt angesehen.

Dazu §. 1089:

Wenn Jemand dem Andern unbestellte oder nur der Gattung nach mit Vorbehalt der Prüfung bestellte Waaren — übersendet, so wird die Einwilligung des Empfängers angenommen, wenn derselbe über die Waaren — in einer Art verfügt, welche nicht zur Abwendung eines Schadens von der Waare nöthig war.

In diesen schwerfälligen, offenbar dem Oesterreichischen

Gesetzbuch nachgebildeten, Sätzen ist soviel klar, daß der Handel als suspensivbedingt gelten solle.

Scharf unterschieden von dem Kauf auf Prüfung wird in den §§. 1091, 1092 der oben besprochene Fall, wo für die Prüfung ein objectiver Maaßstab, die Empfangbarkeit der Waare, besteht[1]). Die Motive (S. 678 — 680) sind wenig eingehend.

## II. Insbesondere die Vorarbeiten zum Deutschen Handelsgesetzbuch.

### §. 55.

Es liegen bisher folgende Vorarbeiten für das Deutsche Handelsgesetzbuch vor:

1) Der nur als Manuscript gedruckte (erste) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst den Protokollen der zur Berathung über denselben zugezogenen Berliner Sachverständigencommission. Berlin 1856.

2) Der hiernach revidirte Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst den Motiven des Preußischen Justizministerii. Berlin 1857.

3) Der auf Grundlage dieses (revidirten) Entwurfs von der (Nürnberger) Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in erster Lesung festgestellte Entwurf, nebst den Protokollen der ersten Lesung.

4) Der zweite publicirte Entwurf der Nürnberger Commission, nebst den Protokollen der zweiten Lesung.

Im Wesentlichen ist es bei den Bestimmungen des ersten Preußischen Entwurfs geblieben.

Dieser enthält folgende Bestimmungen:

> §. 265. Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist von der Bedingung abhängig, daß der Käufer die Beschaffenheit der Waare prüfen und genehmigen werde. Diese Bedingung ist eine aufschiebende.
>
> Der Verkäufer ist an seinen Antrag nur bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist, oder

1) Vgl. oben §. 9. 10. §. 50. Not. 88.

in Ermangelung derselben nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem nach dem regelmäßigen Geschäftsgange die Erklärung des Käufers hätte eingehen müssen.

Hat der Käufer die auf Besicht oder Probe gekauften Waaren in Empfang genommen, so gilt es als Genehmigung des Kaufs, wenn er sich innerhalb der vorstehenden Fristen nicht erklärt.

§. 267. Auch beim Verkauf auf Probe — haftet der Verkäufer für die verborgenen, bei Besicht oder Prüfung nicht erkennbaren Mängel der Waare.

Von den abändernden Vorschlägen der Berliner Sachverständigencommission [2]) wurden nur zwei berücksichtigt: der Verkäufer solle verpflichtet sein, in Ermangelung einer verabredeten oder ortsüblichen Frist, den Käufer zur Erklärung aufzufordern; und das Stillschweigen des Käufers auf diese Aufforderung solle schlechthin als Billigung gelten. Demgemäß hat der revidirte Entwurf den §. 267, jetzt §. 257, wörtlich beibehalten; dagegen lautet der §. 265, jetzt §. 255, nunmehr folgendermaaßen:

Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende.

Der Käufer ist vor seiner Genehmigung an den Kauf nicht gebunden. Der Verkäufer hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsüblichen Frist nicht genehmigt.

In Ermangelung einer verabredeten oder ortsüblichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern, und der Kauf gilt als genehmigt, wenn sich der Käufer auf die Aufforderung nicht umgehend erklärt.

Ist die auf Besicht oder auf Probe verkaufte Waare bereits übergeben, so gilt sein Stillschweigen bis nach Ab-

2) Protokolle über die Berathungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen, betreffend den Entwurf ꝛc. S. 66. 67.

Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.

Der Vertrag ist somit im Zweifel suspensivbedingt, und das Schweigen des Käufers gilt demgemäß praktisch als Mißbilligung; in zwei Fällen jedoch als Billigung: wenn er sich auf die Aufforderung des Verkäufers nicht erklärt, und schlechthin, wenn ihm die Waare bereits übergeben ist.

In den ministeriellen Motiven (S. 134—136) wird die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Entscheidung der Streitfrage hervorgehoben, daß es ferner im Zweifel der muthmaaßlichen Absicht der Parteien und der Natur der Sache am meisten entspreche, ein Geschäft als noch nicht vollständig abgeschlossen zu betrachten, dessen Bestand von einer noch zukünftigen, rein willkührlichen Erklärung des einen Contrahenten abhänge. Auf die bereits erfolgte Uebergabe könne in dieser Hinsicht kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil bei Käufen der vorliegenden Art die Uebergabe meist nicht als Erfüllung des Handels, sondern zum Zwecke der vorzunehmenden Untersuchung zu erfolgen pflege. Die in der französischen Doctrin aufgestellte Ansicht, daß die Grundsätze vom Kauf auf Probe nur für das Civilrecht paßten, welches vorzugsweise an die Consumenten denke, verdiene keine Billigung; ihr zufolge würden die Clauseln „auf Besicht" oder „auf Probe" ganz bedeutungslos sein. Das Präjudiz der Billigung für das Schweigen des Käufers wird im ersten Fall darauf gestützt, daß es dem Handel widerstrebe, wenn abgelieferte Waaren zum Verkäufer zurückkehrten; im zweiten Fall darauf, daß die Billigkeit und die Rücksicht auf das bereits bestehende contractliche Verhältniß es rechtfertigten (?), wenn dem Käufer eine Verpflichtung zur umgehenden Beantwortung einer ausdrücklichen Aufforderung auferlegt werde. Das Subintelligiren des Vorbehalts nach Vorgang des Französischen und Spanischen Gesetzbuchs wird mit Recht verworfen.

Bei der ersten Berathung der Nürnberger Commission [3]) wurde der Antrag auf Streichung des aliena 1. des §. 255.

3) Protokolle S. 609—615.

verworfen, und dabei ausdrücklich hervorgehoben, daß die folgenden Absätze nicht über die Natur des Vertrages, sondern nur darüber entschieden, ob das Schweigen des Käufers als Genehmigung oder als Nichtgenehmigung aufzufassen sei[4]). Im Uebrigen ist man im Wesentlichen zu den Principien des ersten Preußischen Entwurfs zurückgekehrt. Es standen sich in der Comission zwei Ansichten gegenüber. Die eine wollte schlechthin, in allen Fällen, das Schweigen des Käufers als Genehmigung angesehen wissen; die zweite hingegen die Fiction der Billigung auf den Fall restringiren, daß der Käufer sich bereits in Besitz der Waaren befinde. Nachdem der erste Vorschlag mit großer Majorität verworfen war, wurde der zweite einstimmig angenommen, zugleich aber ausgesprochen, daß die Annahme der zum Zweck der Erfüllung übergebenen Waare ohne Vorbehalt schlechthin und alsbald als Genehmigung gelten müsse, so daß die Regel des alinea 4. nur auf den Fall passe, wo die Uebergabe der Waare nicht zur Erfüllung, sondern behufs der vom Käufer anzustellenden Prüfung erfolgt sei. —

Auch die Beibehaltung des §. 257 wurde, mit einigen unwesentlichen Aenderungen, nach längerer Debatte[5]) beschlossen, und dabei die an sich richtige, und in den Motiven des Preußischen Entwurfs ausgesprochene Ansicht adoptirt, daß bei diesem Geschäft nur die allgemeinen Regeln von der Haftung für verborgene Mängel zur Anwendung kämen; demgemäß auch die Verbindung dieses Artikels mit der Lehre von den Gewährsmängeln für zweckmäßig erachtet. Die fernerhin beschlossene Hinzufügung des Wortes „ordnungsmäßig" soll offenbar, im Sinne unserer obigen Erörterungen[6]), darauf hinweisen, daß nur solche

---

4) Hierdurch widerlegt sich die Behauptung Endemann's (Der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuchs S. 128), daß mit dem letzten Absatz des Artikels, dem ersten zuwider, thatsächlich eine Resolutivbedingung zu Grunde gelegt sei. Es ist vielmehr, der Suspensivbedingung ungeachtet, die Fiction der Billigung angenommen, im Uebrigen jedoch, namentlich in Ansehung des Gefahrsübergangs, das System des suspensivbedingten Handels beibehalten.

5) Protokolle S. 618—620.

6) Vgl. oben S. 281.

Fehler zum Gewährsanspruch berechtigen, welche trotz sorgfältiger Untersuchung nicht erkennbar gewesen seien.

Die an die Stelle der §§. 255. 257. der Preußischen Vorlage getretenen Art. 281. 290. des ersten Nürnberger Entwurfs haben nun folgende Fassung erhalten.

Art. 281.

Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende.

Der Käufer ist vor seiner Genehmigung an den Kauf nicht gebunden. Der Verkäufer hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsüblichen Frist nicht genehmigt.

In Ermangelung einer verabredeten oder ortsüblichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf gebunden zu sein, wenn sich der Käufer auf die Aufforderung nicht umgehend erklärt.

Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zwecke der Besichtigung oder Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.

Art. 290.

(Alinea 4.) Die vorstehende Bestimmung [7]) findet auch auf den Verkauf auf Besicht oder Probe — Anwendung, insoweit es sich um Mängel handelt, welche bei ord-

---

7) Die alinea 1 — 3 enthalten die Vorschrift, daß der Käufer die von einem andern Ort übersendete Waare bei Verlust aller weiteren Ansprüche sofort untersuchen, und von der vorgefundenen vertrags- oder gesetzwidrigen Beschaffenheit derselben dem Verkäufer sofort Anzeige machen müsse; nur wegen solcher Mängel behalte er noch den Rückgriff, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht erkennbar waren, nur müsse er auch diese ohne Verzug nach der Entdeckung anzeigen.

nungsmäßigem Besicht oder ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar waren.

In der zweiten Lesung sind diese Sätze durchaus beibehalten worden; die Art. 316 und 324 des zweiten (letzten) Entwurfs entsprechen wörtlich den vorstehenden Artikeln 281. 290. des ersten Entwurfs, nur daß in dem dritten alinea des Art. 281. das Wort „umgehend" in „sofort" verwandelt ist, weil das erstere allein auf schriftliche Verhandlungen paßt. Dagegen wurden sowohl der Antrag auf Fixirung der Erklärungsfrist, wie auf Streichung der in der ersten Lesung Art. 281. alin. 4. hinzugefügten Worte „zum Zwecke der Besichtigung oder Probe" abgelehnt, weil man diese zur Beseitigung aller Zweifel für geeignet erachtete. Dabei wurde jedoch allseitig anerkannt, daß der Verkäufer keineswegs den Zweck der Uebergabe, sondern nur diese und die Nichterklärung des Käufers auf die erfolgte Aufforderung zu erweisen habe [8]).

Der Antrag eines Mitglieds, die Haftung des Verkäufers wegen verborgener Mängel nach erfolgter Billigung gänzlich auszuschließen, fand keine Unterstützung, indem von mehreren Seiten bemerkt wurde, „daß auch in diesem Falle der Vorbehalt der nicht sofort erkennbaren Mängel handelsüblich sei" [9]).

## III. Schlußbetrachtungen.

### §. 56.

Gegen die im vorstehenden §. erörterten Bestimmungen des Deutschen Entwurfs läßt sich sachlich nichts einwenden. Wie entschieden wir auch vom Standpunkt des geltenden Rechts für das gemeinrechtliche Institut des Handels nach Belieben jede Präsumtion einer Suspensivbedingung verneinen mußten, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Uebereinstimmung sämmtlicher neueren Civil- und Handelsgesetzbücher, die Autorität der Praxis und der, gleichviel wie immer irrenden, Doctrin dieser Vermuthung zur Seite stehen; daß das praktische Bedürfniß eine gesetzliche

8) Protokolle S. 1368—1370.

9) Protokolle S. 1383. 1384.

Regelung erheischt; und daß die Entscheidung für die Suspensivbedingung, namentlich für den heutigen Großhandel, auch durch wichtige innere Gründe gerechtfertigt erscheint.

Auch mag das Bedürfniß des Handelsverkehrs wohl die positive Concession und Abweichung vom Princip erheischen, daß das Schweigen des Käufers in dem Falle als Genehmigung gelte, da ihm die Waare bereits übergeben ist[10]).

Auch dagegen läßt sich nichts erinnern, daß in Ermangelung einer vertragsmäßigen oder ortsüblichen[11]) Frist der Verkäufer eine angemessene Erklärungsfrist setzen solle. Dergleichen Aufforderung haben wir oben, auch nach bestehendem Recht, zwar nicht für nothwendig, doch für rathsam erklärt. Sie wird dazu dienen, Zweifel und chicanöse Weiterungen beider Theile abzuschneiden. Ueberdies sind Aufforderungen dieser Art im heutigen Handelsverkehr so üblich, daß in der Verpflichtung dazu keine Beschwerung des Verkäufers gesehen werden kann, zumal es ihm freisteht, eine vertragsmäßige Erklärungsfrist zu fixiren.

Einen Fehler jedoch sehe ich darin, daß man nicht dem Vorschlag der Berliner Sachverständigencommission[12]) gefolgt ist, das ganze Institut durch einen allgemeinen Namen zu bezeichnen. Es würde sich zu diesem Zweck der von mir gewählte

10) Für eine solche Fiction haben sich ja auch von jeher die meisten Schriftsteller (vgl. §. 8. Not. 12. 13. §. 21. §. 42. Not. 34. 35), zahlreiche Entscheidungen der Gerichtshöfe (vgl. § 34. Not. 5. §. 48. Not. 7. 9. §. 49. Not. 19), und neuere Gesetzbücher (vgl. §. 35. §. 38. Not. 15. §. 44.) entschieden. Viel bedenklicher wäre das Wahlrecht, welches Endemann (Kritik S. 128) allgemein dem Verkäufer gestatten will; auch übersieht derselbe, daß dem Verkäufer präsumtiv stets daran gelegen ist, daß der Kauf perfect werde oder bleibe. Wozu hätte er denn sonst verkauft?

11) Die Gründe, welche Endemann a. a. O. gegen die Beibehaltung der ortsüblichen Fristen anführt, sind nicht entscheidend. Dergleichen unschädliche locale Eigenthümlichkeiten müssen gerade conservirt werden, da sie mit manchen anderen Verkehrsverhältnissen im Zusammenhang zu stehen pflegen.

12) Berliner Protokolle S. 66.

„Handel nach Belieben" vollkommen eignen. Die Bezeichnung nach einigen im Verkehr üblichen Clauseln, oder nach gewissen Arten der Prüfung bleibt stets unvollständig, und nöthigt den Richter, sich auf das ungewisse Gebiet der Analogie zu begeben. Es würde daher für die alin. 1 und 4 des Art. 316 folgende Fassung den Vorzug verdienen:

Alin. 1. Ein Handel nach Belieben ist unter der in das reine Belieben des Käufers gestellten Bedingung geschlossen, daß der Käufer die Waare besehen oder auf andere Weise [13]) prüfen, und genehmigen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende. Sie ist in der Regel [14]) als gemeint anzunehmen, wenn ein Kaufvertrag unter dem ausdrücklichen, stillschweigenden oder ortsüblichen [15]) Vorbehalt der nachträglichen Prüfung der Waare abgeschlossen wird.

Alin. 4. Ist die nach Belieben verkaufte Waare zum Zwecke der Besichtigung oder sonstigen Prüfung bereits übergeben, so gilt rc.

---

13) „Auf andere Weise". Auch das Besehen ist eine Art der Prüfung. Es ist unlogisch, besehen und prüfen entgegenzustellen. Vgl. oben §. 48 nach Not. 15.

14) „In der Regel", nämlich vorbehaltlich erwiesener Ausnahmen, wie z. B. bei den Clauseln „auf Nachstechen", „auf Nachziehen". Vgl. oben §. 50.

15) „Ortsüblichen". Soweit Localusancen der Art bestehen, wie in Hamburg und Bremen. Es sollen auch hier die Grundsätze des Gesetzbuchs Anwendung finden, um jeden Zweifel abzuschneiden. Vgl. §. 53. Im Uebrigen würde sich für die Länder des französischen Rechts die Aufhebung des Art. 1587 des Code civil bei der Einführung des Deutschen Handelsgesetzbuchs entschieden empfehlen. Localusaneen nach Bedürfniß wären dadurch nicht ausgeschlossen.

## XII.

## Zur Widerlegung von Herrn Geheimen-Rath Dr. Brauer's Interpretation des §. 21 der deutschen Wechselordnung.

Von

Herrn Dr. Leonhard Wächter,
Notar in Hamburg.

Der Unterzeichnete anerkennt es mit Dank, daß eine so allgemein geschätzte Autorität im Wechselrecht, wie Herr Geheim-Rath Brauer seine im Archiv für Wechselrecht [1]) enthaltene Abhandlung, die Wirkung des durchstrichenen Accepts nach §. 21 der D. W. O. anlangend, einer eingehenden Widerlegung unterzogen hat, obwohl er sich dadurch von der Richtigkeit der Brauerschen Interpretation nicht hat überzeugen können. Es sei ihm daher erlaubt, an dieser Stelle, die ausführliche Begründung, welche Brauer in dieser Zeitschrift der in seinem Commentar zuerst ausgesprochenen Ansicht gewidmet hat, daß ein durchstrichenes Accept, so lange es lesbar ist, als forthin gültig zu behandeln sei, einer näheren Prüfung zu unterziehen.

p. 25. Supra.

Der Verfasser kann sich für die Begründung seiner Ansicht, daß das Accept durch Durchstreichung factisch aufgehoben werde und durch Wiederherstellung ergänzt werden müsse, um so mehr auf seine angeführte Abhandlung beziehen, als diese Deduction aus allgemeinen Rechtsprincipien und dem Charakter des Wechsels als Formalact von Brauer nicht in Zweifel gezogen ist. Letzterer hat sogar selbst anerkannt (pag. 30), daß sich im Allgemeinen aus der formalen Natur des Wechsels die Consequenz ergebe, daß mit Aufhebung der Form auch das Recht daraus erlösche, dieser Consequenz aber habe gerade durch den §. 21 in

1) Bd. VI. S. 41 ff.

der Vorschrift begegnet werden sollen, daß die einmal erfolgte Annahme nicht wieder zurückgenommen werden könne.

Die ganze Controverse dreht sich demgemäß um die Interpretation dieser Vorschrift. Brauer geht zunächst für seine Interpretation bis auf die Berliner Conferenzen zurück, aus denen der preußische Entwurf für die Leipziger Conferenz hervorging. Wenn man diesen Verhandlungen der Berliner Wechsel-Conferenz über den preußischen Entwurf v. J. 1845 [2]) überhaupt Bedeutung für die Interpretation der deutschen Wechsel-Ordnung beilegen könnte — was sehr zu bezweifeln sein möchte — so sind sie doch für unsere Frage gänzlich irrelevant, da wie Brauer selbst S. 28 hervorhebt aus ihnen nicht klar zu ersehen ist, aus welchem Grunde der unsere Streitfrage entscheidende Schlußsatz [3]) gestrichen wurde, ohne auf der Leipziger Conferenz auch nur erwähnt zu werden.

Hieraus ergiebt sich mit Evidenz, daß das Weglassen dieser singulären Bestimmung für die Interpretation des §. 21 nicht entscheidend sein kann.

Der fernere Einwurf Brauer's (pag. 29), daß der §. 21 nach der diesseitigen Auslegung nur „die triviale Regel aussprechen würde, ein Obligirter könne sich nicht einseitig von seiner Verbindlichkeit losschälen," ist insofern nicht begründet, als der §. 21 nach der diesseitigen Auffassung die frühere Controverse [4]) entscheidet, ob das einmal geleistete Accept noch vor Auslieferung an den Wechselinhaber zurückgenommen werden könne oder nicht. Nach einer Ansicht [5]) wurde die Acceptation vor Aushändigung des Wechsels für noch nicht vollendet und die Rücknahme für zulässig angesehen, weil noch kein Vertrag vorliege, während nach dem §. 21 die Accep-

2) Brauer Erläuterung S. 6.

3) „Der Acceptant bleibt aus derselben (der geschehenen Annahme) verhaftet, auch wenn er sie durchstrichen haben sollte."

4) Pöhls Wechselrecht S. 272. 288. — Archiv für Wechselrecht Bd. II. S. 442 oben.

5) Thöl Handelsrecht Bd. II. S. 170.

tation „mit der erfolgten Annahme" als vollendet bezeichnet wird, die, sobald sie geschehen ist, (also auch vor Aushändigung des Wechsels) nicht wieder zurückgenommen werden darf[6]). Sieht man in dem §. 21 die Entscheidung dieser Controverse, so wird man der diesseitigen Auffassung gewiß nicht den Vorwurf machen können, daß aus ihr folge, „der Gesetzgeber sei so oberflächlich zu Werke gegangen, etwas lediglich sich von selbst Verstehendes auszusprechen und die triviale Regel zu sanctioniren, ein Obligirter könne sich nicht einseitig von seiner Verbindlichkeit losschälen."

Brauer sucht sodann die Bedeutung der handelsgerichtlichen Entscheidung dadurch zu entkräften, daß er nachzuweisen sucht, das Gericht habe nicht ultra petita partium erkennen und daher formell nur die Wiederherstellung des gestrichenen Accepts aussprechen können; es sei jedoch augenscheinlich seiner Ansicht gewesen, da es ihn als Beleg dafür citirt habe. Dabei aber sieht man nicht ein, warum das Erkenntniß dann nicht auf Abweisung der völlig unnöthigen, mithin unstatthaften Klage gerichtet war. Wäre das Handelsgericht mit Brauer der Ansicht gewesen, daß das Accept durch die Durchstreichung nicht alterirt worden wäre, so hätte es consequent den Kläger mit seiner unnöthigen Klage auf Wiederherstellung des Accepts unter Verurtheilung in die Proceßkosten angebrachtermaßen — da der Wechsel noch nicht fällig war — abweisen müssen, nicht auf Wiederherstellung des Accepts erkennen können.

Das Handelsgericht hat neuerdings in einem ähnlichen Falle, in welchem die Beklagten auf einem von ihnen acceptirten Wechsel ihr Accept gestrichen hatten und unter der Einrede, mit den Klägern compensiren zu wollen, die Zahlung verweigerten, wiederum dahin erkannt, daß dieselben zu verurtheilen seien „ihr

6) Wenn die Wechsel-Ordnung sich hier des Ausdrucks bedient: die Acceptation kann nicht wieder zurückgenommen werden, so bezeichnet dieses nur das juristische, nicht das physische Können; es heißt demnach: Es ist nicht zulässig, daß die Annahme wieder zurückgenommen wird, nicht: es ist unmöglich, daß dies geschehen kann.

unbefugter Weise durchstrichenes Accept auf dem vorliegenden Wechsel, innerhalb 24 Stunden — falls nicht bis dahin die Zahlung erfolgt sein sollte — wieder herzustellen.

Der Verfasser kann sich, was die theoretische Seite dieser Frage betrifft, schließlich noch darauf berufen, daß die in Nürnberg tagende Handelsrechts-Commission bei den Berathungen über Abänderungen der Deutschen Wechselordnung, in Bezug auf den §. 21 die Ansicht ausgesprochen hat, daß der Bezogene zwar zur Durchstreichung seines noch nicht ausgehändigten Accepts oder zu nachträglichen Abänderungen oder Einschränkungen desselben nicht befugt sei, die geschehene Durchstreichung aber dem Accept die wechselrechtliche Wirkung entziehe. Es heißt sodann mit Beziehung auf die Abhandlung des Verfassers: „Sollte daher auch liquid sein, daß ein ausgestrichenes Accept ohne Genehmigung der Betheiligten durchstrichen worden, so würde doch denjenigen, welche durch das Ausstreichen des Accepts benachtheiligt sind, keine Klage im Wechselproceß, sondern nur eine Civilklage auf Ausstellung eines neuen Accepts zustehen" [7]).

Was schließlich die practische Auffassung dieser Frage anbetrifft, so kann der Verfasser nur seine Erfahrungen aus dem Geschäftsleben dafür geltend machen, daß kein Geschäftsmann, trotz anerkannter Wechselautoritäten, sich bei der Auffassung beruhigen würde, daß sein Wechsel mit durchstrichenem Accept ein eben so gutes Papier sei, als wenn das Accept unversehrt wäre. Die rechtliche Ueberzeugung, daß das Durchstreichen eine rechtsaufhebende, zerstörende Kraft habe, ist zu sehr in die tägliche Uebung und in das practische Rechtsbewußtsein übergegangen, als daß man sie bei derartigen Papieren und in Geschäftsverhältnissen, die anerkannt formaler Natur sind, ohne eine ganz ausdrückliche und unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung ausschließen sollte. — Mag also diese Frage theoretisch

7) Vergleiche die officielle Ausgabe der „Verhandlungen der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetz-Buches, mehrere zur allgemeinen Deutschen Wechselordnung in Anregung gekommene Fragen betreffend. Nürnberg 1858, Druck der U. E. Sebald'schen Officin pag. XLVI.

bestritten werden, im practischen Leben und in der Geschäftswelt ist sie, wie die handelsgerichtlichen Erkenntnisse beweisen, entschieden. Dagegen kann auch die Ansicht einer oder der andern practischen Autorität nicht von Bedeutung sein, welche die Wiederherstellung des Accepts nicht für nöthig, sondern die Aufnahme eines Protestes zur Sicherstellung und Vorbeugung von Processen zweckmäßig halten mag. Für das Zweckmäßige lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, sondern nur für das juristisch Nothwendige. Zweckmäßig kann eine Protestaufnahme in manchen Fällen sein, obwohl gerade in dem behandelten Falle nicht wohl einzusehen ist, was durch einen Protest erreicht werden soll. Entweder wird er an sich überflüssig oder häufig auch ganz zwecklos sein. Ueberflüssig, weil die Verpflichtung aus dem Accept nach der jenseitigen Ansicht unverkürzt fortbesteht, wozu also protestiren, wo rechtlich kein Grund dazu vorliegt? zwecklos, weil derjenige, der sein Accept unberechtigter Weise durchstrichen hat, dem protestirenden Notar jede Antwort oder Auskunft verweigern kann, die dem Wechselinhaber zu seiner Sicherstellung erwünscht oder nöthig ist.

Schließlich muß der Verfasser sich dagegen verwahren, als habe er verschiedenartige Verhältnisse über einen Leisten geschlagen und die Durchstreichung des Accepts und eines Indossaments als analoge Fälle behandelt. Die beregte Abhandlung hat den Einfluß und die Bedeutung von auf Wechseln vorkommenden Durchstreichungen im Allgemeinen festzustellen versucht, sie mußte deßhalb auch auf andere Fälle als die Durchstreichung des Accepts eingehen, ohne damit alle Fälle der Durchstreichung auf einen Grundsatz zurückzuführen. Das allen Fällen Gleichartige liegt darin, daß dem Durchstreichen auch für das Wechselrecht eine rechtsaufhebende Wirkung vindicirt wurde, ein Resultat, dem, wie der Verfasser nachgewiesen zu haben glaubt, der §. 21 nicht widerstreitet, während die §§. 36 und 55 es ausdrücklich anerkennen.

---

# XIII.

## Zur Literatur der Inhaberpapiere.

Von

Herrn Hofrath Prof. Dr. Renaud
in Heidelberg.

Seit unsrer Besprechung der Schrift Unger's über die rechtliche Natur der Inhaber-Papiere *) sind die Obligationen auf den Inhaber wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitungen gewesen, unter denen das Buch Kuntze's die Lehre von den Inhaberpapieren u. s. w. Leipzig 1857 die hervorragendste Stelle schon um deßwillen einnimmt, weil es uns zum erstenmale eine Monographie eines Instituts darbietet, dessen practische Bedeutung von Tag zu Tag mehr hervortritt.

Ein eingehender Bericht über den Inhalt gedachten Werks ist bereits von anderer Seite veröffentlicht worden **), so getreu und klar verfaßt, daß der Zweck der nachfolgenden Zeilen nur darauf gerichtet sein kann, dasjenige zu thun, was in Jolly's Absicht nicht lag, nämlich Kuntze's civilistische Construction der Inhaberpapiere zu prüfen. Diese Prüfung soll sich jedoch nur auf die fundamentalen Grundlagen der in der erwähnten Schrift aufgestellten neuen Theorie beziehen, und diese auch nur insoweit berücksichtigen als sie die sog. vollkommenen, d. h. die lediglich auf den Inhaber lautenden Papiere betrifft, indem

*) Kritische Ueberschau Bd. V. S. 397 flg.

**) S. Jolly in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 1. 2. S. 333 flg.

wir uns vorbehalten, die verschiedenen in neuester Zeit über die unvollkommenen Inhaberpapiere geltend gemachten Ansichten anderweitig zu besprechen.

Die Theorie Kuntze's, welcher den Fehler vermieden, den wir schon früher *) an den bisherigen Bearbeitungen unserer Lehre gerügt, nämlich nicht hinreichend zwischen dem Papiere und der Obligation unterschieden zu haben, beruht zunächst auf der doppelten Annahme, daß einmal die Obligation auf den Inhaber eine General-, oder mit a. W. eine aus ihrem Causalbezuge losgelöste Obligation sei, analog der römischen obligatio literarum oder ex stipulatu zu behandeln (S. 362 flg.), und daß andrerseits diese Obligation nicht durch Vertrag, sondern durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet werde, indem sich der Dispositiv-Wille des Ausstellers in der Creation des Papiers kundgebe (S. 285 flg. u. S. 334 flg.). — Hieran reiht sich als drittes fundamentales Princip der Satz, daß die Verkehrsbewegung der Obligation sich durch eine an den bloßen Wechsel im Besitze des Papiers geknüpfte Novation vollziehe (S. 298 flg., 354 flg.).

Diese drei Dogmen sind es, die wir im Folgenden kurz prüfen wollen.

## §. 1.

Was zunächst den angeblich formalen Charakter der Papierobligation anbetrifft, so wird derselbe vorerst durch die Behauptung begründet, daß die Generalität der Obligation der Tendenz des Inhaberpapiers entspreche, eine auf eine unbestimmte Zahl successiver Gläubiger berechnete Obligation zu vermitteln, dann aber durch die Berufung auf den Willen des Ausstellers, dem Besitzer des Papiers strict und generell verpflichtet zu sein.

Das Ungenügende des zuerst angeführten Arguments tritt um so mehr hervor, als Kuntze nicht behauptet und auch nicht behaupten konnte, daß die Generalität einer Obligation die con-

*) In der Zeitschr. für Deutsches Recht Bd. XIV. S. 329.

ditio sine qua non ihres freien Umlaufes sei, während der Umstand, daß jener Charakter diesen Umlauf erleichtern soll, offenbar nicht ausreichen kann, ein Dogma zu begründen, das, wie Jolly a. a. O. S. 358 bereits bemerkt, in keinem Gesetze und keinem Gewohnheitsrechte eine directe oder indirecte Bestätigung findet. — Was aber die Berufung auf den Willen des Ausstellers anbetrifft, so haben wir anderswo *) bereits dargethan, daß weder die Fassung einer Schrift „an den Inhaber" noch auch der sonstige Inhalt der Inhaberpapiere auf die Absicht hindeutet, in formaler Weise obligirt zu sein, und daß demnach der Schöpfer des Papiers keineswegs mit der ausdrücklichen Niederschrift und Markirung seines Verpflichtungs-Willens in unmittelbaren Widerspruch tritt, wenn er dem Vorzeiger, dem Primitivnehmer oder einem spätern Inhaber, Einreden aus dem ursprünglichen Valutaverhältniß entgegensetzen will.

Allein selbst vom Standpunkte Kuntze's läßt sich in der That nicht einsehen, warum die Generalität der Obligation der Tendenz des Inhaberpapiers eine auf eine unbestimmte Zahl successiver Gläubiger berechnete Obligation zu vermitteln entsprechen soll. — Nimmt ja unser Verfasser an, — worauf später noch zurückzukommen —, daß die Verkehrsbewegung der Obligation auf den Inhaber auf dem Wege einer Novation vor sich gehe, so kann es hinsichtlich des freien Umlaufs der Obligation auf deren ursprünglichen Charakter als einer formalen oder an eine materielle causa debendi geknüpften nicht ankommen, da, wie Ulpian sagt „omnes res transire in novationem possunt" **), der zweite und jeder spätere Nehmer des Papiers aber Gläubiger nicht der alten ursprünglichen, sondern einer neuen Schuld ist, als deren causa Kuntze ***) die Novation selbst anerkennt.

Ist hiernach die Behauptung wohl gerechtfertigt, daß Kuntze so wenig wie Unger der Beweis des angeblich forma-

*) Krit. Ueberschau Bd. V. S. 404 flg.

**) l. 2. D. de novat. (46. 2).

***) Die Obligat. und die Singular-Succession S. 253.

len Charakters der Papierobligationen als solcher gelungen ist, so glauben wir an dieser Stelle auf einen schon früher von uns gegen jenes Dogma erhobenen Einwand zurückkommen zu sollen, den nämlich, daß der aus ihrem Causalbezuge losgelösten Obligation Einreden nicht entgegengesetzt werden können, welche aus dem Wesen des der Papierausstellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses hergenommen, während doch die Praxis solche bei Obligationen auf den Inhaber entschieden zuläßt.

Diesem Einwande hat nämlich Kuntze nicht in demselben Maße wie Unger vorzubeugen gesucht. Zwar beruft er sich wie der letztgenannte Schriftsteller auf die Analogie der Stipulation und auf die gegen dieselbe stattfindende exceptio doli (S. 556 flg.); — allein consequenter wie Unger läßt er in der Form jener Einrede nur die Geltendmachung des rechtlichen Mangels, mit welchem das der Papierobligation zu Grunde liegende Specialmotiv behaftet, gegenüber dem Primitivnehmer des Inhaberpapiers zu. In dieser Beschränkung genügt aber die exceptio doli, selbst wenn die Analogie der Stipulation, was wir bezweifeln *), begründet wäre, nicht, um die Theorie Kuntze's mit der Praxis in Einklang zu bringen, da Einwendungen, welche sich auf den Mangel an causa der Obligation, oder auf die Illegalität oder sonstige Ungültigkeit der Rechtsursache, aus welcher dieselben hervorgegangen, beziehen, von solchen Einreden, die aus dem Wesen des der Obligation unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisses hergenommen, wohl zu unterscheiden sind **). Daß aber Einreden letzterer Art gegen Papierobligationen zugelassen werden, wie z. B. solche aus dem Wesen des Versicherungsgeschäfts gegen die Klage aus der auf den Inhaber lautenden Versicherungs-Police, ist, wie wir anderswo bereits hervorgehoben, eine nicht zu bezweifelnde Thatsache.

Freilich trifft das von uns gewählte Beispiel unsern Verfasser insoferne nicht, als er Inhaberpolicen zu den von ihm so-

---

*) Krit. Ueberschau Bd. V. S. 411 flg.

**) Mein Lehrb. des Wechselrechts (2. Aufl.) §. 79.

genannten uneigentlichen Inhaberpapieren oder qualificirten Legitimationspapieren zählt, deren wesentliches Criterium in der Absicht der Parteien liegen soll, nicht sowohl im Interesse des Nehmers eine möglichst freie Circulation, als vielmehr in dem des Gebers eine Erleichterung und Vereinfachung der Zahlung herbeizuführen (S. 518 flg.). Allein es hat Kuntze selbst nicht angegeben, unter welchen Voraussetzungen jene Absicht der Parteien aus der Fassung des Inhaberpapiers entnommen werden soll, und so scheint denn bei eigenen Lebensversicherungen z. B. die Stellung der Police auf den Inhaber nicht vorzugsweise durch das Interesse des Gebers veranlaßt zu sein, vielmehr ihr häufiges allen Bedenken der Theorie *) trotzendes Vorkommen dem Umstande zu verdanken, daß das Versicherungsgeschäft hier seinem Wesen nach zu Gunsten eines dritten abgeschlossen wird, und dem Nehmer der Police durch deren Stellung auf den Inhaber die rechtliche Möglichkeit gegeben werden soll, den Anspruch auf die Versicherungssumme mittelst Begebung des Papiers frei zu übertragen.

## §. 2.

Für ebenso unerwiesen und ungegründet wie dessen Dogma von der Generalität der Papierobligationen müssen wir das andere fundamentale Princip Kuntze's erachten, daß der Entstehungsgrund solcher Obligationen ein einseitiger Rechtsact sei.

Sehen wir zuerst zu, wie unser Verfasser diesen seinen Grundsatz zu begründen versucht hat, so hat er sich zu diesem Zwecke auf dreierlei berufen, einmal nämlich auf den Vortheil, welchen die Annahme eines einseitigen Creationsacts für die juristische Behandlung der Inhaberpapiere darbiete (S. 354 flg.), dann auf die Uebereinstimmung seines Dogmas einerseits mit der herkömmlichen Verkehrstendenz des Ausstellers (S. 371) und andrerseits mit der positiven Rechtsordnung (S. 372).

Wenn nun, das zuerst angedeutete Argument anlangend,

*) Staudinger die Rechtslehre vom Lebensversicherungs-Vertrage S. 161 flg.

Kuntze meint, bei der Auffassung der Creation der Obligation auf den Inhaber als einseitigen Rechtsacts werde eine größere Verkehrselasticität als bei Annahme eines Vertrags erreicht, indem ein Vertrag mit einer persona incerta eine contradictio in adjecto sei, so ist zwar der letztere Satz unbedingt einzuräumen, die daraus für des Verfassers Theorie gezogene Folgerung dagegen nicht zuzugeben. Denn einerseits setzt die Zurückführung der Begründung der Papierobligationen auf Vertrag keineswegs mit Nothwendigkeit die Annahme eines Vertrags mit einer unbestimmten Person voraus, wie denn z. B. Unger a. a. O. S. 102 flg. dieselbe, obwohl der Vertrags-Theorie anhängend, mit Entschiedenheit zurückweist; — andrerseits aber ist trotz der vom Verfasser angenommenen Einseitigkeit des Creationsacts die Obligation erst dann nata, perfecta, wenn eine dem Aussteller gegenübertretende Person im Papierbesitze ist, das obligatorische Verhältniß also zunächst zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer des Papiers *), d. h. zwischen certae personae begründet, wobei das Ueberpflanzen des obligatorischen Vermögensstoffes auf die weiteren Nehmer, um mit Kuntze zu sprechen, demselben in der That nicht geringere Schwierigkeiten wie den Vertheidigern eines mit einer bestimmten Person abgeschlossenen Vertrags als Begründungsacts der Obligation macht.

Indessen kann auf diesen letztern Punkt erst später näher eingegangen werden; weßhalb wir denn zur Prüfung des zweiten für das Dogma von der Einseitigkeit des Creationsactes der Papierobligation beigebrachten Arguments, daß dasselbe nämlich mit der herkömmlichen Verkehrstendenz des Ausstellers übereinstimme, übergehen.

Diese Uebereinstimmung soll sich daraus ergeben, daß in dem Ausstellungswillen der Wille liege, die Verpflichtung zu der im Papiere bezeichneten obligatorischen Leistung nicht auf die Gläubigerschaft eines bestimmten Einzelnen, welcher gerade erster

---

*) Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren, S. 351 flg.; die Obligation und die Singular-Succession S. 258.

Nehmer sei, beschränkt sein zu lassen, sondern sie auf den jeweiligen und jedesmaligen Besitzer zu beziehen. Daß aber der positive Verkehrswille des Ausstellers hierauf gerichtet sei, lehre nicht allein die tägliche Erfahrung, sondern sei auch deshalb anzunehmen, weil dieser mit der ausdrücklichen Niederschrift der Markirung seines Verpflichtungswillens in unmittelbarsten Widerspruch treten würde, wollte er die Leistung dem Vorzeiger des Papiers verweigern.

Allein es ist diese ganze Argumentation offenbar unschlüssig, weil, wenn auch der Wille des Ausstellers dahin gehen sollte, jedem Besitzer des Papiers zu der darin bezeichneten Leistung verpflichtet zu sein, hieraus die Begründung der Obligation durch einseitige Disposition nicht folgen würde, da, wie die Dogmengeschichte lehrt, jener Wille andere Constructionen nicht ausschließt.

Sonach könnte Kuntze höchstens zugegeben werden, daß dessen Theorie mit dem von ihm dem Aussteller des Papiers unterstellten Willen verträglich, womit aber die Aufstellung eines so singulären Satzes wie desjenigen von der Begründung einer Obligation durch einseitige Disposition offenbar noch nicht als gerechtfertigt erschiene.

Allein jener Wille selbst, auf dessen angeblicher Richtung die ganze Deduction unsers Verfassers beruht, ist von ihm nichts weniger wie erwiesen worden. Die tägliche Erfahrung im Verkehre lehrt nämlich unsers Erachtens keineswegs, daß der Aussteller des Papiers jeden Besitzer desselben, also z. B. auch denjenigen, welcher es vor der Emission gestohlen, zum Gläubiger haben wolle; vielmehr glauben wir kaum Widerspruch zu erfahren, wenn wir behaupten, daß im Allgemeinen der Wille des Papier-Creators dahin geht, jedenfalls nur nach stattgehabter Begebung der Urkunde darauf zu haften.

Auch die Berufung endlich auf die Markirung des Verpflichtungswillens im Inhaberpapiere ist ohne Bedeutung. Denn hält man sich an den Wortlaut der Urkunde, so ist der bloße Detentor und nicht der juristische Besitzer, wie Kuntze (S. 300) will, als Gläubiger zu betrachten; ist aber die wörtliche Fassung des Inhaberpapiers nicht maßgebend, so kann unter

dem Inhaber oder Vorzeiger der gutgläubige Besitzer oder Eigenthümer, dieser schlechtweg oder nur beziehungsweise, verstanden werden.

Uns scheint aber namentlich die von Kuntze selbst dem Aussteller eingeräumte Vindication mit jenem angeblichen Ausstellungswillen unvereinbar zu sein. Mag man nämlich auch mit unserm Verfasser streng zwischen Obligation und Papier unterscheiden, und die Eigenschaft als Gläubiger an den Besitz der Urkunde knüpfen, während das Eigenthum an dieser nach den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts erworben werden soll, so liegt doch entschieden ein innerer Widerspruch in der Annahme, daß der Aussteller jeden Besitzer des Papiers zum Gläubiger haben wolle und auch habe, daß er aber demjenigen, dem er den Brief nicht in der Absicht der Eigenthumsübertragung begeben, denselben und damit die Gläubiger-Eigenschaft wieder abnehmen könne. Der unredliche Finder des Papiers, der Dieb, der Räuber sollen Gläubiger des Ausstellers, ihre Forderung jedoch, wie Kuntze selbst bemerkt (S. 303), von zweifelhaftem Werthe sein, weil ihnen das Papier und mit diesem das Forderungsrecht entzogen werden kann. Dies heißt denn doch oft eben so viel, es hänge von dem Willen des Ausstellers ab, ob er demjenigen, dem er das Papier nicht begeben, verpflichtet sein wolle oder nicht, eine solche Construction ist aber nicht allein künstlich und unnatürlich, sondern steht auch, wie uns scheint, in der That im Widerspruche mit dem Grundsatze: „Nulla promissio potest consistere quae ex volun„tate promittentis statum capit *).“

Untersuchen wir schließlich, ob das Dogma von der Einseitigkeit des Creationsacts der Papierobligation mit der positiven Rechtsordnung übereinstimmt, so begründet Kuntze diese seine Behauptung damit, daß die Tendenz der europäischen Handelssitte dahin gehe, den Verkehr mit Inhaberpapieren, insoweit deren Emission einmal zugelassen, so viel als möglich zu erleichtern, d. h. den Inhaber als solchen sicher zu stellen, — welcher

*) L. 108. §. 1. D. de v. O. (45. 1). —

Verkehrserleichterung nun die Auffassung des Emissionsacts als einseitigen Rechtsgeschäften ganz besonders entspreche. Allein es ist die Tendenz der Handelssitte, wenn man auch Kunze zugeben will, daß in der Anschauung der Handelswelt die Kraft einer positiven schöpferischen Rechtsüberzeugung liege, noch keine positive Rechtsordnung, der Umstand also, daß eine gegebene juristische Construction jener Tendenz entspricht, nicht geeignet, deren Uebereinstimmung mit der positiven Rechtsanwendung darzuthun.

Allerdings können die Anschauung der Handelswelt, die Tendenz der Handelssitte eine positive Rechtsordnung begründen; sie thun es dadurch, daß sie auf dem Wege von Handelsgewohnheiten die Summe der Grundsätze sich feststellen lassen, welche für die Beurtheilung der Institute des Handelsverkehrs erforderlich sind. Die Tendenz der Handelssitte ist also ein wesentlicher Factor der positiven Rechtsordnung, nicht aber diese selbst. Was insbesondere aber die Obligation auf den Inhaber anbetrifft, so ist rücksichtlich derselben allerdings die Handelssitte in einer rechtsschöpferischen Production begriffen; allein sie hat es bisher noch zu keinem irgendwie umfassenden Abschlusse ihrer rechtserzeugenden Thätigkeit gebracht, da es verhältnißmäßig eine äußerst geringe Zahl feststehender Rechtssätze für die Behandlung der Inhaberpapiere gibt.

Die Theorie Kunze's von der Einseitigkeit des Creationsacts der Papierobligation war unsers Erachtens nur in doppelter Weise zu begründen. Einmal konnte sie auf den Willen des Ausstellers zurückgeführt werden, was Kunze, wie wir gesehen, versucht hat, jedoch ohne ausführlichere Begründung und auch ohne Erfolg. Dann aber konnte unser Verfasser den Nachweis unternehmen, daß die einzelnen anerkannten Rechtssätze über Inhaberpapiere mit seiner Theorie im Einklange stünden; dies hat er, wie bereits Jolly a. a. O. S. 358 bemerkt, nicht einmal versucht, wie es denn bei der geringen Zahl solcher Sätze auch ein schwieriges Unternehmen gewesen wäre, mittelst derselben eine neue Theorie zu bestätigen.

Ermangelt sonach das Dogma von der Einseitigkeit des

Creationsacts der Papierobligation jeder positiven Stütze, so scheint uns überdies Folgendes dagegen zu sprechen.

Der Handelsverkehr geht mittelst Verträge vor sich und vollzieht sich nicht durch Dictionen. Dies zeigt die tägliche Erfahrung und folgt auch aus dem Wesen des Verkehrs, dessen Zweck, wie schon das Wort (commercium) andeutet, auf den Austausch von Vermögenswerthen geht. Wenn nun eine Obligationsform, wie dies bei den Obligationen auf den Inhaber unzweifelhaft der Fall, ein Gebilde des Handelsverkehres ist, wenn sie vorzugsweise dazu bestimmt ist, demselben zu dienen, so ist damit deren vertragsmäßiger Character indicirt; sie auf einen einseitigen Creationsact zurückzuführen, heißt eine Singularität statuiren, welche inmitten der übrigen Geschäfte des Handelsverkehrs anomaler sich ausnimmt, als die einseitige Constituirung des für die Papierobligation bestellten Pfandes, welche Kuntze (S. 586 ffg.) consequent behauptet, in der Lehre vom Pfandrechte. Schon um deßwillen passen die Analogien des Testaments und der Auslobung, auf welche unser Verfasser sich beruft, ganz und gar nicht, weil diese Geschäfte nämlich ihrem Wesen nach dem Handelsverkehre fremd sind, während die vom ihm weiter angezogene expensilatio, abgesehen davon, daß sie in der That kein einseitiger Rechtsact war*), aus dem Grunde hier nicht in weiteren Betracht zu ziehen ist, weil es von vorn herein als mißlich erscheint, wo es sich um die Bereicherung des geltenden Rechts, um ein neues Dogma, handelt, auf die Analogie eines längst abgestorbenen und mit unserer heutigen Rechtsgestaltung in keinem auch noch so losen Zusammenhange stehenden Instituts zu provociren.

Jene Analogien passen aber auch sonst nicht. Der moderne Papier-Creator ist nicht, wie Kuntze meint, mit dem römischen Testator zu vergleichen, denn der Wille dieses letzteren ist kein Verpflichtungswille und an sich unvermögend, obligatorische Verhältnisse zu begründen.

Allein auch die Auslobung bietet, abgesehen von ihrer

---

*) Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten S. 64.

zweifelhaften Gültigkeit *), keine rechte Analogie dar, weil der Promittent hier doch nur demjenigen verpflichtet sein will, der eine gegebene Leistung vollbringt (dem Finder, Anzeiger), wogegen nach Kuntze die Verbindlichkeit des Ausstellers durch den zufälligen und für den künftigen Schuldner an sich Interesse=losen Umstand bedingt sein soll, daß irgend ein Anderer den Besitz des Papiers erwirbt. Die hier von unserm Verfasser (S. 359) genommene Wendung, wie der Auslobende verbreiten lasse, daß wer ihm das und das leiste, den Anspruch auf Belohnung sich erwerbe, so schreibe der Papieraussteller nieder, daß wer das Papier ihm bringe, einen Anspruch gegen ihn auf die Summe habe, ist trügerisch, weil die Obligation nach Kuntze's eigener Erklärung schon vor der Präsentation des Papiers nata ist, nämlich sobald eine dem Aussteller gegenübertretende Person im Besitze der Urkunde sich befindet.

## §. 3.

Wir gelangen nun zu dem Principe, welches den Cardinalpunct in der Theorie Kuntze's insoferne bildet, als er offenbar zu dessen Ermöglichung sich zur Aufstellung der Dogmen von der Generalität der Papierobligation und der Einseitigkeit des Acts ihrer Begründung veranlaßt gefunden hat; wir meinen den Grundsatz der Novation für die Verkehrsbewegung der Obligation, und zwar einer Novation, die nicht durch Vertrag, durch Delegation, sondern kraft der dictio des Ausstellers mittelst des Papierlaufs, mittelst der Apprehension des Papiers Statt findet.

Wir können hier zunächst von der Auffassung Kuntze's, nach welcher der obligatorische Vermögensstoff durch Novation transportirt wird, absehen; denn ist dieselbe so entschieden unhaltbar, wie die Behauptung, daß die aus der Novation entstandene Obligation „keine von Grund aus neue" sei, unbestimmt **), so hat er in der That practische Consequenzen daran nicht geknüpft. Auch wollen wir unserm Verfasser unbedenklich zugeben,

*) Savigny, Obligat. II. S. 90.

**) „Novatio est ... cum ex praecedente causa ita nova constituitur, ut prior perimatur." (l. 1. pr. D. de novationib. (46. 2.) —

daß die Novation ihrem Wesen nach ein Rechtseffect ist, welcher denkbarer Weise nicht allein durch Vertrag, Litiscontestation, Urtheil erzeugt, sondern auch durch andere Thatsachen bewirkt werden kann. Allein es ist nicht alles, was denkbar, was eine civilistische Möglichkeit ist, auch wirklich Rechtens; außerdem aber noch die Frage in Erwägung zu ziehen, ob die Art und Weise, wie Kuntze die von ihm angenommene Novation vor sich gehen lassen will, civilistisch haltbar ist.

Seine Meinung nun, daß die Verkehrsbewegung der Papierobligation mittelst einer Reihe successiver an die Erwerbung des juristischen Besitzes des Papieres sich knüpfender Obligationserwerbungen vor sich gehe, stützt er darauf, daß es lediglich zwei Weisen obligatorischer Verkehrsbewegung gebe, die Cession und die Novation, daß aber, da der Umlauf der Inhaberpapiere nicht als Cession aufgefaßt werden könne, Novation anzunehmen sei. Dafür aber, daß dieser Novationseffect ohne, ja sogar wider den Willen des bisherigen Gläubigers vor sich gehe, beruft sich Kuntze nur auf die Einseitigkeit des Creationsacts der Obligation, welche die successiv sich entfaltende Wirksamkeit des Creationswillens ermögliche. Es soll dem durch das Papier kundgegebenen Willen des Ausstellers gemäß das Ueberpflanzen des obligatorischen Vermögensstoffes durch jedes weitere Nehmen des Papiers sich vollziehen, während der Nehmer durch die Apprehension der Urkunde ein nur primäres Forderungsrecht erwirbt, d. h. ein solches, welches er, immer kraft des Willens des Ausstellers, verlieren soll, sobald das Papier in den juristischen Besitz eines Anderen übergeht.

Man kann sich billig wundern, eine solche Construction unter den Gesichtspunct der Novation, d. h. der Tilgung einer Obligation durch Constituirung einer neuen gebracht zu sehen. Frägt man nämlich, wer hier diesen Rechtseffect erzeugt, so sind es nicht diejenigen, unter denen die neue Obligation bestehen soll, unter Mitwirkung des alten Gläubigers; es ist auch nicht der weitere Nehmer des Papiers, wie z. B. der Dieb; es ist nicht der Aussteller in dem Augenblicke, in welchem ein neuer Besitzeserwerb an der Urkunde Statt findet; es ist der Aussteller im Momente der Ausstellung, indem sein Ausstellungswillen sich

successiv bei jeder weiteren Apprehension des Papiers entfaltet. Also der Aussteller schafft mittelst pollicitatio, dictio uno actu eine Obligation, die freilich erst durch die Nehmung des Papiers perfect werden soll, und zugleich tilgt er diese durch Constituirung einer neuen für den Fall weiterer Apprehension des Papiers, und diese wieder für den Fall weiterer Nehmung der Urkunde u. s. f. — Allein eine Obligation, die noch nicht besteht, die ihrer Perfection so lange entgegensieht, bis die Person des Gläubigers durch den Besitz des Papiers bezeichnet ist, kann nicht Gegenstand einer Novation sein. Man kann sich hiergegen nicht darauf berufen, daß eine successiv bedingte Obligation für den Fall des Eintritts der Bedingung novirt werden könne *); denn es ist in der That die auf Kuntze's einseitigem Creationsacte beruhende Papierobligation keine (durch die Nehmung des Papiers) bedingte Obligation, da ein dem verpflichtet sein sollenden gegenüberstehender Gläubiger zum Wesen eines jeden obligatorischen Verhältnisses gehört.

Ist sonach unsers Erachtens die Kuntze'sche Novations-Theorie principiell unhaltbar, so soll sie doch noch von Seiten einiger ihrer hauptsächlichsten Consequenzen geprüft werden.

Eine Consequenz jener Lehre ist die, daß mit der Erwerbung der neuen Obligation sich kraft der dictio des Ausstellers eine Singular-Succession in das für die ursprüngliche Forderung constituirte Pfandrecht verbinde, wie wenn eine Delegation vertragsmäßig vollzogen und der Eintritt in das Pfandrecht durch den Delegatar ausbedungen worden wäre (S. 587 fg.).

Mit Recht hat Kuntze selbst diese Construction für bedenklich erklärt. Wollte man nämlich auch zugeben, daß eine Obligation durch einseitigen Willensact desjenigen, der verpflichtet werden soll, begründet, daß durch diesen Willensact auch ein Pfandrecht für jene Obligation bestellt werden könne, so sieht man doch in der That nicht ein, wie durch einseitige Disposition des Schuldners ein Ergebniß erzielt werden kann, welches, mag man es als einen Vorbehalt des alten Pfandrechts, oder, was

*) l. 14. §. 1. D. de novat. (46. 2.) —

das richtigere zu sein scheint, als Begründung eines neuen Pfandrechts mit Eintritt in eine gleiche juristische Stellung mit dem untergegangenen auffassen *), nach unserm positiven Rechte nur mittelst ausdrücklicher Willenserklärung des Gläubigers herbeigeführt wird **). — So kehrt denn auch die Kuntze'sche Theorie das normale Verhältniß um, indem, wie sonst bei der Novation eine s. g. hypothekarische Succession nur ausnahmsweise Statt findet, diese hier nun als Regel vorkommen soll. — Allein auch die practische Gestaltung des Verhältnisses macht Schwierigkeiten. Soll nämlich der Gläubiger der neuen Forderung für dieselbe ein Pfandrecht an der nämlichen Sache und von gleichem Range wie dasjenige haben, welches für die durch Novation getilgte Obligation bestand, so muß die Pfandsache zur Zeit, wo die s. g. hypothekarische Succession vor sich ging, noch dem Schuldner eigenthümlich gehört haben ***). — Diese Thatsache dürfte aber bei einer an den bloßen Wechsel im Papierbesitze sich knüpfenden Pfanderwerbung in der Regel unerweislich sein, und der Inhaber der Urkunde, ohne den Beweis, daß er der erste Nehmer sei, das in derselben verschriebene Pfandrecht so oft nicht geltend machen können, als der Schuldner zur Zeit dieser Geltendmachung nicht mehr Eigenthümer der Pfandsache wäre. Kaum möchte aber in dieser Weise dem von Kuntze anerkannten Bedürfnisse, dem nomen seine Accessionen zu erhalten, genügt sein!

Noch mißlicher jedoch ist die Art, wie unser Verfasser (S. 601 fg.) mit der für die Inhaber-Obligation gegebenen Bürgschaft verfährt, indem er dieselbe, um seine Novationstheorie zu retten, nach Analogie des Avals zu behandeln genöthigt ist. Hierbei hat Kuntze nicht allein übersehen, daß der Aval nach dem Handelsgebrauche lediglich als Wechselversprechen vorkömmt, sondern daß er seinem Wesen nach durch eine gewisse Form bedingt ist, und daß sonach eine analoge Anwendung der

---

*) Dernburg im Arch. f. civ. Prax. Bd. 41. S. 7 fg.

**) „Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore...“ l. 3. D. quae res pignori. (20. 3.) —

***) l. 2. D. de pigneratit. actione (13. 7). — Dernburg a. a. O. S. 11 fg. —

von demselben geltenden Grundsätze auf jeglichen auf einem Inhaberpapiere stehenden Bürgschaftsvermerk aus zwiefachem Grunde als nicht gerechtfertigt erscheint.

Wir haben es hier nicht mehr mit civilistischer Construction, sondern mit einer Zurechtlegung der Institute zu thun, wie sie dem Verfasser für dessen Theorie zu passen scheint.

Dies gilt auch von dessen Auffassung der von einer Inhaberobligation versprochenen Zinsen, welche er im Interesse seiner Novationstheorie als Ratenleistungen einer sich allmälig entfaltenden von der primären unabhängigen Scripturobligation betrachtet (S. 604 fg.). — Wenn nämlich Kuntze sich hier darauf beruft, daß in dem Augenblicke, in welchem die Zinsenobligation zu einer Scripturobligation erhoben, sie aller ihrer materiellen Bezüge, folglich auch ihrer Accessionsqualität entkleidet, und ihr Inhalt zu demjenigen einer selbstständigen abstracten Formalobligation erhoben werde, so ist dies eine aller Realität entbehrende Argumentation, vor welcher den Verfasser schon die Analogie der Stipulation, auf welche er sich sonst so oft beruft, hätte bewahren sollen, da die auf einer stipulatio usurarum beruhende Zinspflicht, so gut wie diejenige ex pacto nudo, wo ein solches zulässig war, einen accessorischen Charakter hatte. Warum nun eine Zinsobligation, die auf einem nach Kuntze nicht unfreien Zinsscheine des Inhalts beruht: „Gegen Abgabe dieses Abschnitts wird aus vorbezeichneter Obligation (Nr. . .) der Zins für obigen Termin mit . . . . bei jeder Staatsschulden-Tilgungskasse bezahlt,“ anders behandelt werden, und die Cassation des Hauptpapieres eine Entkräftung der auf spätere Termine lautenden Zinsabschnitte nicht zur Folge haben sollte, vermögen wir um so weniger einzusehen, als auch die Praxis hiergegen spricht. Nach dieser nämlich hört bei Einlösung oder Cassirung eines Staatspapiers auf den Inhaber der Zinsenlauf von der getilgten Obligation auf, und können später fällig werdende Zinsen von den Besitzern der Zinsabschnitte nicht verlangt werden; daher denn die im Verkehre vielfach vorkommende Uebung, nach welcher der Nehmer eines Zinscoupons auf demselben seinen Geber bezeichnete, damit er im Falle bereits ein-

gelöster Hauptobligation und erloschener Zinspflicht weiß, gegen wen er seinen Rückgriff zu nehmen hat.

Auch in der Lehre von der Verjährung endlich kömmt Kuntze (S. 641 fg.) mit seiner Novationstheorie in solche Conflicte mit dem geltenden Rechte, daß er, wie Jolly a. a. O. S. 358 richtig bemerkt, genöthigt ist, diesem eine Bedeutung unterzuschieben, an welche dessen Schöpfer nie gedacht haben. Dies springt indessen so sehr in die Augen, daß es einer weitern Ausführung nicht bedarf, wie denn die vorstehenden Erörterungen bereits zur Genüge dargethan haben möchten, daß jene Theorie nicht allein principiell, sondern auch in ihren Consequenzen unhaltbar ist.

# XIV.

## Zur Theorie der Handelsgesellschaften, insbesondere der Actiengesellschaft.

Von

Herrn Gustav Vogt, Staatsanwalt und Privatdozent
in Bern.

Vorbemerkung. Die nachstehende Abhandlung ist einem Bericht entnommen, welcher zur Motivirung eines in amtlichem Auftrag bearbeiteten Gesetzesentwurfes über Actiengesellschaften für den Kanton Bern abgefaßt worden ist. Die gegenwärtige Civilgesetzgebung des Kantons Bern kennt das Institut der Actiengesellschaften nicht, und es war daher vor Allem die Frage zu beantworten, ob man denselben gesetzliche Anerkennung einräumen solle oder nicht *).

Die Actiengesellschaften sind wesentlich eine Frucht der modernen Entwickelung der Erwerbsverhältnisse. Zwar sind, wofür der französische Jurist Troplong **) namentlich aus Frank-

---

*) In Deutschland stellt sich die Frage allerdings anders, als im Kanton Bern, für welchen die nachfolgende Darstellung zunächst berechnet ist. Wir haben überall Actiengesellschaften in längst anerkannter rechtlicher Wirksamkeit — nicht ihre Einführung steht in Frage, sondern ihre rechtliche Gestaltung. Gleichwohl habe ich um so weniger Bedenken getragen, die nachstehende Abhandlung in diese Zeitschrift aufzunehmen, als gerade die Frage, ob Actiengesellschaften oder nicht, den Herrn Verfasser zu anregenden juristischen und wirthschaftlichen Untersuchungen geführt hat.

Anmerk. des Herausgebers.

**) In der Vorrede zu seinem Commentar über **Sociétés civiles et commerciales.**

reich Belege beigebracht hat, Actiengesellschaften schon im frühen Mittelalter vorgekommen: die Mühlen in Toulouse, Moissac, Montauban u. s. w., von welchen Troplong berichtet, waren Eigenthum von Gesellschaftern, deren Antheile in bestimmten Actienbeiträgen fixirt waren und beliebig übertragen werden konnten, während die Verwaltung des Betriebs abberufbaren Angestellten übertragen war. Immerhin aber sind diese nur vereinzelte Erscheinungen in beschränkten Kreisen, während das Auftreten der Actiengesellschaften als einer neuen und gewaltigen Macht im Verkehrsleben erst von der Zeit an datirt, wo die Auffindung des Seewegs nach Indien, die Entdeckung Amerika's u. s. w. jenen ungeheuren Umschwung im Weltverkehr hervorbrachten, der eine neue Gestaltung des europäischen Staatensystems erzeugte. Die ersten großartigen Typen des Instituts der Actiengesellschaften sind die ostindischen Compagnien Englands und der Niederlande, jene im Jahr 1599, diese im Jahr 1602 gestiftet und die Umstände, unter welchen die Gründung dieser Compagnien erfolgte, verdienen in hohem Grade unsere Aufmerksamkeit. Weder Spanier noch Portugiesen, die Anfangs den überseeischen Handel beherrschten, haben, so viel wir wissen, Actiengesellschaften errichtet: wie bekanntlich war bei ihnen der Handel mit den beiden Indien vorwiegend Staatsunternehmen und wurde zum Vortheil der Staatskasse ausgebeutet. Aber sobald England und die Niederlande den Wettstreit begannen und den südlichen Nationen die Handeshegemonie zu entreißen trachteten, treten auch jene Compagnien auf den Kampfplatz: es war ein *politischer* Kampf um die Machtstellung der neu auftretenden Seestaaten, aber die Entscheidung hing ab von der Suprematie im *Handel*, in einem Gebiete also, wo die Erfolge abhängen vom Unternehmungsgeist der Einzelnen und wo zugleich der Einzelne alle seine Anstrengungen vereitelt sieht, wenn ihm der staatliche Schutz nicht zur Seite steht. Der Staat diente dem wirthschaftlichen Interesse seiner Bürger und diese den politischen Interessen ihres Landes; in ihrer ersten Blüthe schon waren so die Actiengesellschaften eine Combination des politischen und des Sonderinteresses. Am deutlichsten gibt sich dieser Character, Vollziehung wesentlich staatlicher Aufgaben durch das Privatun-

ternehmen, bei der holländischen Gesellschaft kund: sie hatte in ihrem Freibrief die spezielle Verpflichtung erhalten, die Portugiesen aus Ostindien zu vertreiben. Nicht minder bezeichnend ist es, daß beide Compagnien im Besitz sehr ausgedehnter Privilegieen und Monopole sich befinden; die englische Compagnie bewahrte ihr Handelsmonopol mit China sogar bis in unser Jahrhundert, und verlor es erst im Jahre 1833, als ihrer Eigenschaft als Handelscompagnie überhaupt ein Ende gemacht wurde. Diese Monopole waren zur Zeit ihrer Entstehung eine Nothwendigkeit: wie hätte die Staatsgewalt an den Privaten eine so kräftige Stütze finden können, wenn unbedingte Concurrenz gestattet gewesen wäre, und wenn demgemäß die zur Eroberung der Handelshegemonie im Verkehr mit fernen Ländern nöthige Einheit und Consequenz des Handelns nicht bestanden hätte?

In ähnlicher Weise wie damals in England und Holland, regt sich heutzutage in unserem Lande — gleich wie es auch in den meisten angrenzenden Staaten der Fall war — das Bedürfniß nach Actiengesellschaften. Nicht die ersten, die sich bilden, aber doch die ersten, welche das allgemeine Interesse auf sich ziehen, sind die Eisenbahngesellschaften, und diese Organisation scheint mit den Eisenbahnunternehmungen überhaupt so innig verschwistert, daß sie sich Bahn bricht selbst da, wo sie über ihre Beziehungen zur Gesetzgebung noch nicht ins Klare gesetzt ist. Das Vertrauen auf die Vernunft der Sache, auf die Nothwendigkeit einer Anerkennung ihrer Grundprinzipien von Seite der Gesetzgeber und Richter besiegt die Bedenklichkeiten, welche sonst vorsichtigen Geschäftsleuten so nahe liegen. Und auch hier ist es eine staatliche Pflicht, welche die Gesellschaften über sich nehmen: kein Zweifel, daß ohne deren Anerbietung die ökonomischen Interessen der Schweiz den Bund oder die Kantone zum Bau von Staateswegen gedrängt hätten. Zugleich gibt es wenige Unternehmungen, deren Gedeihen so sehr von staatlicher Unterstützung bedingt wäre, wie die Eisenbahnen: sie bedürfen der Expropriation, des Schutzes für ihren Betrieb, und endlich — was uns hier besonders interessirt — innert gewisser Schranken eines Monopols. Wie könnte eine Eisenbahn rentiren, wenn nicht der Staat ihr das Vorrecht verliehe, daß nicht eine andere

Gesellschaft eine auf die nämlichen Bedingungen angewiesene Concurrenzbahn anlegen darf? Nur dann wird eine neue Bahn zugelassen, wenn sie einem selbstständigen Verkehrsbedürfniß entgegenkommt; diese Beschränkung der freien Concurrenz hat auch die Natur der Sache für sich, denn ohne sie würde gar nicht oder schlecht gebaut werden. — Wenn dies merkwürdige Zusammentreffen in den Grundzügen der ersten Erscheinung der Actiengesellschaften mehr als ein Zufall ist, so wird man einräumen müssen, daß wir hier auf einem Boden stehen, wo sich mit der politischen Alltagsweisheit des „Laissez faire" nicht Alles abthun läßt, vielmehr die wichtigsten Interessen des Staates ebenfalls im Wege liegen. Und jedenfalls läßt sich soviel aus jenen Thatsachen entnehmen, daß, was im Allgemeinen von der Privatindustrie gilt, nicht ohne Weiteres auf die Actiengesellschaften angewendet werden darf. — In welch riesigen Dimensionen übrigens heutzutage dieses Institut für wirthschaftliche Zwecke benutzt wird, dafür mag die eine Thatsache zum Beleg dienen, daß nach der neuesten Schätzung das Kapital der an der Pariser Börse notirten Actienunternehmungen sich auf die Summe von 4½ Milliarden beläuft d. h. auf nahezu soviel, als Frankreichs auswärtiger Handel im Jahr 1855 ausmachte (4327 Millionen), und mehr, als nach gewöhnlich angenommenem Durchschnitt das Jahreserzeugniß der Industrie und des Ackerbaues in ganz Frankreich beträgt *). In obiger Summe figuriren die Eisenbahncompagnien mit einem Kapital von 1951, die Kreditanstalten mit einem Kapital von 867 Millionen.

Das Recht der Actiengesellschaften hat sich hauptsächlich auf dem Weg der Privilegien-Ertheilung ausgebildet. Ihr Nachwerben um industrielle oder Handelsprivilegien gab in der Regel den Anlaß, durch spezielle Verfügungen ihre inneren Rechtsverhältnisse, das Maß der Verpflichtung und Berechtigung der

*) Horn, Creditwesen Frankreichs S. 19 ff In dieser Schätzung sind jedoch die auf Actien gegründeten Commanditen und Civilgesellschaften inbegriffen; nach anderer Angabe belief sich 1855 die Zahl der anonymen Gesellschaften auf 351, ihr Kapital auf nahezu zwei Milliarden.

Actionäre, ihre Beziehungen zu den Geschäftsführern und zu dem Publikum u. dgl. zu regeln. Der erste Versuch, die Actiengesellschaften unter eine allgemeine Gesetzgebung zu stellen, wurde in dem französischen Handelsgesetzbuch (in Kraft seit 1. Januar 1808) gemacht, und mit Ausnahme der englischen Gesetze beruhen sämmtliche neuere gesetzgeberischen Erlasse über die Actiengesellschaften auf der durch den Code de commerce geschaffenen Grundlage. Aber während die französische Gesetzgebung stabil geblieben ist, haben sich ihre Nachbildungen der fortschreitenden Entwicklung angeschlossen und sich eine Menge von Fragen aufgeworfen, welche die französische Codification unbeachtet gelassen hat und im Jahre 1807 auch noch nicht beachten konnte. Man darf nicht vergessen, daß nach dem französischen Gesetzbuch jede Actiengesellschaft der Genehmigung von Seiten der Regierung unterliegt; auf diesen Anhaltspunkt fußend war der Staatsabsolutismus, der thatsächlich in Frankreich unter der Republik wie unter der Monarchie geherrscht hat, in der Lage, jederzeit Lücken in der Gesetzgebung auszufüllen. Nur dadurch ist es möglich gewesen, den Code de commerce bis auf den heutigen Tag unverändert beizubehalten. Wenn man daher in den neueren Gesetzen einem größeren Reichthum an Detailvorschriften begegnet, so wäre es vorschnell geurtheilt, wollte man die mageren Bestimmungen des Code als eine Begünstigung der gewerblichen Freiheit, das Eingehen ins Detail dagegen für einen Ausfluß der verderblichen Sucht, alle freie Bewegung der Individuen zu reglementiren, ansehen. Ein enges Gesetz gewährt immer noch freieren Spielraum, als ein Tummelplatz, auf welchem Handel und Industrie überall von willkürlicher Intervention der Regierungsgewalt bedroht sind. — Einen durchaus originellen Weg hat hinsichtlich der Actienunternehmungen (Joint-stock-companies) die englische Gesetzgebung, deren Grundlage jetzt die Acte vom 14. Juli 1856 ist, eingeschlagen *). Sie hat die

Code de Commerce.

1856. July 14.—

*) Siehe darüber namentlich Schwebemeyer, das Actiengesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England, Berlin 1857.

Jetzt auch Güterbock. Die englischen Actiengesellschaftsgesetze von 1856 und 1857. Berlin 1858. Anmerk. d. H.'s.

Administrativconcession fallen lassen und stellt es in die Willkür einer jeden Actiengesellschaft, ob sie, wie es früher das gemeine Recht in England vorschrieb, als Gesellschaft mit unbeschränkter Haftbarkeit sich constituiren oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit (limited liability) sich bilden will. Im ersteren Fall müssen sämmtliche Actionäre mit ihrem ganzen Privatvermögen für alle Gesellschaftsverhandlungen einstehen, im anderen Fall haften sie nur bis zur Höhe ihrer Einschüsse in den Gesellschaftsfonds. Während so die Einmischung des Staates fern gehalten wird, werden dagegen im Gesetze alle rechtlichen Beziehungen der Actiengesellschaften mit einer wahrhaft minutiösen Sorgfalt und Aengstlichkeit geordnet (die Acte vom 14. Juli 1856 einzig besteht aus 116 Artikeln), und das Mittel, durch welches man die Staatsaufsicht zu ersetzen sucht, wird namentlich in Garantien für die vollständige Oeffentlichkeit aller Verhandlungen der Actionäre und Directoren gesucht. Der Staat kann ein Oberaufsichtsrecht nur dann üben, wenn er von den Actionären dazu aufgefordert wird, und auch dann ist er nur zur Untersuchung, nicht zur Verfügung über die Gesellschaft berechtigt. Man würde indeß sehr irren, wenn man den Standpunkt des englischen Rechts einzig nach dem angeführten Gesetze beurtheilen wollte; dasselbe bezieht sich fast nur auf Handelsgesellschaften, und zwar auf jede solche Gesellschaft, die mehr als 20 Theilnehmer zählt, während gerade die wichtigsten Actiengesellschaften, z. B. Eisenbahnen, Banken *), Versicherungsgesellschaften, unter Spezialgesetzen stehen und zu deren Bildung eine besondere Autorisation vom Parlament oder vom König erforderlich ist (sogen. chartered companies). Es ist fast unmöglich, aus all diesem unendlichen Material von Gesetzen, Verordnungen, Privatbills und Patenten allgemeinere Gesichtspuncte zu entnehmen: in jedem

---

*) Auf Banken finden nach der neuen Joint Stock Banking Companies Act 1857, 20. 21 Vict. c. 49 im Wesentlichen die Prinzipien der neuen Actiengesetze, jedoch mit Ausschluß der beschränkten Haftbarkeit, Anwendung.

Anmerk. des H.'s.

Fall aber ist eine unmittelbare Anwendung der englischen Gesetzgebung auf unsere continentalen Verhältnisse nicht thunlich. Sie geht, indem sie Commandite und eigentliche Actiengesellschaft als Einen Begriff nimmt, von anderen Rechtsanschauungen aus, als sie auf dem Continent bereits heimisch geworden sind; ihre Ausscheidung der nur mit Staatsgenehmigung sich constituirenden und der freien Actiengesellschaften ist für unsere Begriffe eine rein willkürliche, und die enge Schnürbrust, in welche sie die letzteren einzwängt, würde uns weit lästiger vorkommen, als eine mit Einsicht und Unparteilichkeit gehandhabte Administrativconcession.

Nach der auf dem europäischen Continent üblichen Auffassungsweise unterscheidet sich die Actiengesellschaft von allen übrigen Arten des Gesellschaftsvertrages durch eine scharf markirte Eigenthümlichkeit. Keine physische Person haftet bei Actiengesellschaften mit ihrem Privatvermögen für Verpflichtungen der Gesellschaft: weder die Geschäftsführer (Directoren), denn sie sind blos Angestellte der Gesellschaft und daher dieser und nicht den Gläubigern derselben verantwortlich, noch auch die Actionäre, welche unter keinen Umständen zu etwas Weiterem angehalten werden können als zur Entrichtung ihres Actienbeitrages. Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschaften sind also vollständig gesondert, die Schicksale jenes nicht maßgebend für dieses, außer insoweit die Actie selbst ein Bestandtheil des Privatvermögens ist. Bei der gewöhnlichen Gesellschaft dagegen müssen sämmtliche, bei der sog. Commanditgesellschaft wenigstens ein Theil der Gesellschafter (die Geranten) mit ihrer gesammten Habe für Schulden der Gesellschaft einstehen. Diese Haftungspflicht der Gesellschafter ist nach bernischem Rechte immer, nach französischem Recht nur insoweit es Handelsgesellschaften *) betrifft, eine zugleich subsidiarische und

*) Auch das französische Handelsrecht statuirt nichts der Art, nur die französische Doctrin und Praxis. Vgl. Meine Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten I. S. 61 ff. 88. II. S. 46 ff.

Anmerk. d. H.'s.

solidarische, d. h. die Gläubiger der Gesellschaft müssen in erster Linie sich an den Gesellschaftsfonds halten, und erst wenn dieser nicht ausreicht, können sie auf das Privatvermögen der Gesellschafter greifen, dann aber auch einen Jeden derselben nach ihrer Wahl für den ganzen Betrag belangen. Etwas abweichend gestaltet sich das Rechtsverhältniß nach französischem Civilrecht (d. h. für alle Gesellschaften, die nicht unter den Begriff von Handelsgesellschaften gehören): hier hat der Gesetzgeber den Grundsatz des römischen Rechts, daß das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses an den rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zu dritten Personen nichts ändere, wonach also für die Gläubiger ein Gesellschaftsvermögen rechtlich nicht existirt, angenommen und noch einseitiger, als es im römischen Recht geschehen ist, durchgeführt. Nach diesem Prinzip haftet ein jeder Gesellschafter zwar nicht für die anderen, wohl aber für Alles, was er, sei es befugt oder unbefugt, im Namen der Gesellschaft mit dritten Personen verhandelt hat. — Bei der Actiengesellschaft dagegen ist das Subject der eingegangenen Verpflichtungen nur der Verein, nie die denselben bildenden Personen.

Nicht jede Gesellschaft, die Actien ausgibt, ist eine Actiengesellschaft im technischen Sinne des Wortes. Es kann eine Gesellschaft auf Actien in der Weise constituirt werden, daß einige Mitglieder als persönlich haftbare Geschäftsführer an der Spitze stehen, während die übrigen Gesellschafter nur ihre Actien einzahlen und nie etwas Mehreres, als die Actie, einbüßen können. Oder die Einrichtung kann so sein, daß (wie in England nach gemeinem Recht) sämmtliche Actionäre, mögen sie an der Geschäftsführung sich betheiligen oder nicht, den Gläubigern der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen haften, der fixirte Actienbetrag also nur die Grenze bezeichnet, bis zu welcher der Gesellschaftsfonds von ihnen Speisung zu verlangen befugt ist. In diesem Fall läge eine gewöhnliche Civil- oder Handelsgesellschaft, die im Handelsrecht Collectivgesellschaft genannt wird, vor, in jenem Fall eine Commanditgesellschaft. Von diesen beiden Formen der Gesellschaft unterscheidet sich die eigentliche Actiengesellschaft dadurch, daß sie, materiell gesprochen, aus nichts Anderem als Actien, jene dagegen überdieß noch aus einem

eventuellen Anspruch auf Privatvermögen bestehen. — Daraus rechtfertigt sich die Beibehaltung des Namens „Actiengesellschaft," der jedenfalls bezeichnender ist als der vom Code de commerce aufgebrachte Ausdruck: „anonyme Gesellschaft;" letzterer ist nicht nur gemeinem Menschenverstand unverständlich, sondern noch überdieß, wie Troplong nachgewiesen hat, seiner geschichtlichen Entstehung nach nicht richtig gewählt.

Die Einführung der Actiengesellschaften in unsere Gesetzgebung ist nicht nur vom volkswirthschaftlichen Gesichtspuncte aus ein wichtiger Schritt, sie bewirkt auch in unseren Rechtsanschauungen eine theilweise Umwälzung. Wir kannten bisher eine einzige Anwendung des außer Beziehung zu einer physischen Person stehenden Kredits: nämlich das Recht der sog. moralischen oder juristischen Personen, indem diese dem Gläubiger keine andere Garantie als die ihres Korporationsvermögens darbieten. In allen anderen privatrechtlichen Verhältnissen ist die Verpflichtung durch eine in ihr engagirte physische Person gedeckt, und jene einzige Ausnahme von dieser Regel hatte deßhalb nichts Bedenkliches, weil juristische Personen um ihrer engeren Beziehung zu dem Staate und überhaupt zu objectiv sittlichen Zwecken willen nicht den Zweck des Erwerbs haben (wenigstens nicht haben sollen), sondern ihren Vermögensrechten nur die Bedeutung einer nothwendigen Außenseite zukommt. Jene persönliche Garantie, welche die Kapitale und Arbeitskraft eines Schuldners dem Gläubiger bietet, kann wohl vermehrt werden z. B. durch Darleihen, durch Bürgschaft u. dergl., nie aber ganz verschwinden oder auch nur vermindert werden. Beim Gesellschaftsvertrag namentlich verstärkt die Persönlichkeit aller übrigen Genossen die eines jeden Einzelnen. — Die Actiengesellschaft dagegen setzt an die Stelle der persönlichen Kredits den Sachcredit. Wird sie zahlungsunfähig, so hält kein Actionär die zu Verlust gekommenen Gläubiger schadlos; das Mehr oder Minder seiner persönlichen Erwerbsfähigkeit oder seines Kapitalbesitzes ist auf den Kredit des Actienunternehmens ohne allen Einfluß. Der Gesellschaftsgläubiger verhandelt zwar mit Individuen, nämlich mit den statutengemäßen Repräsentanten des Gesellschaftskörpers, aber hinter diesen steht nichts als ein

Unternehmen, ja im Anfange nichts als der Gedanke, den die Gesellschaft auszuführen beabsichtigt.

Sollen wir eine solche Neuerung geduldig über uns ergehen lassen? Sollen wir es dulden, daß man die Hand, die wir zu fassen meinen, escamotirt, und uns statt dessen einen leeren Beutel in die Faust drückt? — Gewiß, wenn die Kunst der Gesetzgebung in dem üblichen Schlagwort „Sorge für die Sicherheit des Verkehrs" enthalten wäre, wir müßten mit allen Kräften dem Eindringen der Actiengesellschaften wehren. Allein die Frage ist eine andere. Zuerst handelt es sich darum, zu ermitteln, was die Gerechtigkeit gebietet, und wenn die Actiengesellschaft sich als eine Forderung des Rechts herausstellt, so hat sie einzig darum und abgesehen von allen sonstigen Rücksichten, vollen Anspruch auf Anerkennung durch die Gesetze. Allerdings sollen alsdann die Gesetze auch die Interessen in Anschlag bringen, aber immerhin müssen derartige Erwägungen sich innerhalb der vom Recht beschriebenen Linie bewegen, und kommen erst in zweiter Reihe in Betracht. — Suchen wir also vorerst den rechtlichen Standpunkt für die Beurtheilung der Actiengesellschaften zu gewinnen; wir werden dann auch nachweisen können, daß unter den Verhältnissen, für welche die Aktiengesellschaft bestimmt ist, keine andere Combination eine ebenso sichere Bürgschaft für die Solidität des Unternehmens verschaffen kann, und daß die Meinung, die Aufhebung der solidarischen Haftpflicht gefährde die „Verkehrssicherheit," nur auf einer oberflächlichen Ansicht beruht.

Der Anforderung, das rechtliche Fundament der Actiengesellschaft ans Licht zu bringen, dürfen wir uns um so weniger entziehen, als gerade diese Aufgabe bisher fast ganz vernachlässigt worden ist. Man hat sich gestritten über den Nutzen und Schaden des Instituts, ohne der alten Wahrheit eingedenk zu sein, daß, von dieser Seite betrachtet, alles Neue die einen Interessen fördert, die anderen stößt. Das blendende Gestirn des Credit mobilier und seiner Epigonen drängte vollends die Discussion auf ein falsches Terrain: was man am Credit mobilier von Sünden oder Tugenden entdeckt hatte, wurde kurzweg den Actiengesellschaften überhaupt ins Soll und Haben eingeschrieben.

Zu einem Abschluß, ja auch nur zum Anfang einer Verständigung ist es mit all dem nicht gekommen, und wenn die Nationaloeconomen alle Ursache haben dagegen zu protestiren, daß man die Welt mit Pandekten und Institutionen zu regieren unternehme, so ist es doch auch ein Glück, daß eine solche des Rechts vergessende und nach allen Winden zerfahrende Oeconomie nicht zum Regieren berufen ist. Lassen Jurisprudenz und Nationaloeconomie sich das, was einer jeden gebührt, so mögen sie in ihrer Eintracht eher einigen Anspruch auf das Regiment der Welt haben.

Ein Vorurtheil möchten wir von vornherein beseitigen. Man knüpft die Gründung von Actiengesellschaften an die Genehmigung des Staates, und, aus später anzuführenden Motiven, sind wir hiermit vollkommen einverstanden. Durch diese Genehmigung wird die persönliche Haftpflicht der Genossen aufgehoben: diese Form scheint daher die Ertheilung eines Vorrechts einzuschließen und somit im Widerspruch zu stehen gegen das Recht der Actiengesellschaft, wenn es wirklich ein solches gibt. — Allein Privilegium und Administrativconcession sind zwei wesentlich verschiedene Dinge. Das eine gewährt eine Befreiung von der gesetzlichen Regel, die andere anerkennt das Vorhandensein der concreten Voraussetzungen der gesetzgeberischen Verfügung; jenes verletzt die Gleichheit vor dem Gesetz, diese bewirkt sie. Die Administrativconcession ist allerdings überflüssig, wo sich die Bedingungen, von welchen die Ausübung eines Rechts abhängt, in bestimmte Gesetzessprache formuliren lassen: so bei Festsetzung des majorennen Alters, bei der Forderung eines Examens u. dgl. m. Aber bei Gewerben und Berufszweigen, die in genauerem Zusammenhang mit den staatlichen Interessen stehen, bei welchen polizeiliche oder volkswirthschaftliche Rücksichten in Betracht kommen, würde eine solche abstracte Regel oft entweder nicht ausreichen oder dann die individuelle Betriebsamkeit in ungebührlicher Weise niederdrücken; hier kommt es vielmehr darauf an, den leitenden Gedanken klar im Auge zu behalten und dessen je nach den Umständen des concreten Falls wechselnden und verschieden gestalteten Reflex auf die Verhältnisse zu würdigen. Gerade das aber ist der Fall bei den

Actiengesellschaften. Wir können die Bedingungen nennen, unter welchen eine Actiengesellschaft ein ebensowohl öconomisches wie rechtliches Bedürfniß ist, aber es scheint uns unmöglich, sie anders, als in willkührlicher Mißgestalt, als formell gesetzliche Requisite auszudrücken. Wir sind also weit entfernt, mit den Actiengesellschaften eine Herrschaft der Privilegien einführen zu wollen; nicht nach Gunst und Ungunst, nach Laune und Belieben soll die Concession ertheilt, sondern die Befugniß sie zu gewähren oder zu versagen eher als Urtheil über ein bereits vorhandenes, denn als Schöpfung eines neuen Rechts angesehen werden. Die Administrativconcession ist nichts Anderes, als eine feierliche Erklärung, daß nach den im Staate anerkannten Grundsätzen eine Gesellschaft das Recht habe, als Actiengesellschaft aufzutreten. Daß solche Grundsätze heilig gehalten und auf Jeden gleichmäßig angewendet werden, ist die Pflicht der Behörden hier so gut, als in anderen Fällen, die ihrer Entscheidung unterliegen.

Es gibt eine Ansicht, welche unsere Aufgabe bedeutend erleichtern würde, eine Ansicht, nach welcher die Ausnahme, das anscheinende Vorrecht der Actiengesellschaften vor anderen Gesellschaften, nur die Wiederherstellung eines aus einseitiger Begünstigung der Gläubiger entsprungenen positiven Unrechts wäre. Nicht nur die Actionnäre einer Actiengesellschaft, sagt diese Ansicht, sondern alle Gesellschafter, mögen sie heißen wie sie wollen, sollten nach natürlichem Recht nie mit etwas Weiterem haften, als mit ihrem eingeschossenen Antheil. Die Gründe, welche zur Stütze dieser Meinung geltend gemacht werden, sind nicht ohne Interesse. — In Folge des Gesellschaftsvertrages, wird angeführt, werfen mehrere Einzelne gewisse Stücke ihres Vermögens in Eins zusammen und disponiren von nun an, statt Jeder über seinen Antheil nach besonderem Belieben, sämmtlich mit geeinigtem Willen über das so gebildete Ganze. Besondere Antheile am Gesellschaftsfonds sind in Wirklichkeit nicht vorhanden: sie sind Sondereigenthum nur so lange sie noch nicht zu Gesellschaftsvermögen geworden sind, und leben nur wieder auf bei der Ausscheidung eines Vermögensbestandtheils aus dem Gesellschaftsverband (z. B. bei Vertheilung des Gewinns, bei Auf-

[St]ellung der Gesellschaft). Ueberhaupt ist die Vorstellung vom Miteigenthum, wie sie von den Rechtslehrern verbreitet wird, eine verkehrte; bei dem Miteigenthum Mehrerer findet nicht, wie man gewöhnlich annimmt, ein Sondereigenthum jedes einzelnen Genossen an einem „idealen Theile" des Ganzen statt — denn Eigenthum an einem „idealen Theil," also an dem bloßen Gedanken eines Theils, ist ein Unding — sondern das Sondereigenthum des Ganzen ist bei der zu einer Einheit des Willens geschlossenen Gemeinschaft, und dem Einzelnen bleibt statt wirklichen Eigenthums nur ein Anspruch, eine Anwartschaft auf Eigenthum. Jeder Gesellschafter hat also in vermögensrechtlicher Beziehung eine Doppelstellung: er allein disponirt über sein Privatvermögen, er nebst Anderen über das Gesellschaftsvermögen. Letzteres ist vollkommen eben so selbstständige Grundlage rechtlicher Beziehungen wie dieses; durch Eingehung von Verbindlichkeiten auf den Namen der Gesellschaft wird überdies noch ausdrücklich deren Wirksamkeit eingeschränkt auf jene von dem Privatvermögen der Gesellschafter geschiedene Vermögenssphäre der Gesellschaft — es liegt also kein Grund vor, dem Gläubiger der Gesellschaft auch zu gestatten, das Privatgut eines jeden Gesellschaftsgenossen anzugreifen.

Allein so treffend solche Ansichten als Kritik des Miteigenthums sein mögen, so wenig entsprechen sie doch dem Wesen der Gesellschaft. Vor allem ist die Voraussetzung irrig, daß jede Gesellschaft einen gemeinsamen Kapitalfonds besitze: es gibt Gesellschaften, die kein Kapital nöthig haben, z. B. eine Gesellschaft von Sängern, die für Geld sich hören lassen, oder — ein Beispiel, welches wir in der römischen Gesetzessammlung angeführt finden (l. 71 pr. D. 17, 2) — zwei Lehrer, welche auf gemeinsame Rechnung ihren Beruf ausüben. Und jedenfalls läßt sich die Gesellschaft deßhalb nicht in die Grundsätze vom Miteigenthum einfügen, weil ihr Fonds außer aus Kapitalbesitz auch aus persönlicher, von den einzelnen Genossen zugesagter Arbeitskraft zusammengesetzt ist. Eine Vergleichung zwischen dieser Erwerbsfähigkeit und dem eingeschossenen Kapital hinsichtlich des Werthes läßt sich sehr wohl anstellen; denn jene so gut wie dieses ist ein Bestandtheil des Vermögens, dessen Kapital-

werth sich aus der Berechnung des Ertrags der Arbeit ergibt. Nach dieser Relation zwischen Arbeit und Kapital wird der Gewinn unter die Genossen vertheilt, Arbeiter und Kapitalisten nehmen an demselben in gleichem Maaße Theil — der Verlust dagegen würde, wenn man jener Miteigenthumstheorie nachfolgen wollte, nur die baaren Kapitaleinschüsse treffen, das unveräußerlich an die Person geknüpfte Arbeitskapital könnte er nicht erreichen.

Zu einem weit richtigeren und mit den positiven Gesetzesvorschriften versöhnenden Resultat gelangen wir, wenn wir, statt nur einen, beide in der Gesellschaft wirksamen Factoren berücksichtigen. Das zusammenhaltende Band einer privatrechtlichen Gesellschaft ist der gemeinschaftliche Zweck, dessen Erreichung die Genossen sich zum Ziel ihrer Bestrebungen setzen. Die bloße Vereinigung von Kapital macht somit noch keine Gesellschaft; es gehört dazu noch die Bestimmung, in welcher Richtung diese gemeinschaftliche Kapitalmacht ausgebeutet werden soll. Wenn uns daher die Gesetzgebungen erklären, die Beiträge eines Gesellschafters könnten bestehen entweder in Kapital oder in Thätigkeit (Fleiß — „Industrie"), oder in dem einen und anderen zugleich, so haben wir zwar soeben Beispiele namhaft gemacht von Gesellschaften ohne Kapital, nie aber kann es auch umgekehrt Gesellschaften geben ohne irgend welchen Aufwand wirthschaftlicher Thätigkeit. Der Fonds an Arbeitskraft also gehört zum Wesen der Gesellschaft, der Fonds an Kapital dagegen ist ein zwar in der Regel vorhandener aber nicht unentbehrlich nothwendiger Bestandtheil einer privatrechtlichen Gesellschaft (ein „naturale negotii"). Während nun Sachobjecte bloß in äußerliche Verbindung mit der menschlichen Person treten, und daher auch beliebig von ihr abgelöst werden können, so ist dagegen hinsichtlich der „Industrie" ein vollständiger Uebergang des Individuellen ins Gemeinschaftliche nicht möglich: der Quell, aus welchem die menschliche Bethätigung entspringt, ist die Persönlichkeit selbst, und wie in ihrem Ursprung, so ist auch in ihren Aeußerungen die Arbeitskraft untrennbar an das Individuum geknüpft. Erst durch Beendigung einer Arbeit stellt sich ein eines gemeinsamen Besitzes fähiges Sachobject heraus. Vom

Gesellschaftsverhältniß gilt also gerade das Gegentheil als vom Miteigenthum: bei jenem beharrt der den Begriff der Gesellschaft konstituirende Factor nothwendig in realer Vertheilung unter die einzelnen Glieder der Gesellschaft und nur die rein ideellen Zielpunkte, die Richtung, welche jeder Einzelne seinen Anstrengungen verleiht, laufen in Eine Spitze zusammen; im Miteigenthum dagegen findet eine sachliche Gemeinschaft statt, der Gegenstand des Rechts gehört ungetrennt Mehreren. Gibt sich hierin die Unzulänglichkeit jeder Theorie, welche die Gesellschaft vom Standpunkt des Miteigenthums aus construiren will, aufs Schlagendste kund, so ist auch zugleich daraus ersichtlich, weßhalb Wissenschaft und Gesetzgebung die Gesellschaft als ein an sich auflösbares Rechtsverhältniß betrachten. In der That ist der lebendige Puls der Gesellschaft die Gemeinschaft des Wollens; jeder einzelne Genosse muß den freien Entschluß zur Verwirklichung des gemeinsamen Zieles mit sich bringen, der in jedem Augenblick des Handelns sich erneuern und als innere Triebfeder des Strebens fortwirken muß: wo dieser Wille erlischt, hat auch die Gemeinschaft der Thätigkeit ein Ende, und es wäre ein vergebliches Anstürmen gegen die menschliche Natur, diese innere Freiheit des Entschließens gleichsam in Fesseln schlagen und an eine äußerlich vorgesteckte Bahn anschmieden zu wollen.

Schon aus diesen einfachen Vordersätzen ergibt sich jedenfalls die persönliche, das Privatvermögen ergreifende Haftbarkeit desjenigen Gesellschafters, der entweder seine Thätigkeit allein, oder seine Thätigkeit nebst Kapital in die Gesellschaft einwirft — wir nennen ihn industriellen Gesellschafter. Unsere Zeit hat mit dem System der Bevormundung des Privaterwerbs, welches noch im vorigen Jahrhundert in manchen Staaten Regierungsmaxime war, entschieden gebrochen; wir rechnen es unter die Geschichte menschlicher Thorheit, wenn wir lesen, wie z. B. in Bayern die Regierung in ausführlichen Reglementen dem Bauer vorschrieb, welche Gattungen von Feldfrüchten, wie viel von jeder Art, und in welcher Aufeinanderfolge er anpflanzen, wann er pflügen, wann säen, wann ernten solle, und nur allenfalls communistische Träumer können solche Zustände zu-

rückwünschen. Aber wir anerkennen auch die Consequenzen der Gewerbefreiheit. Der Staat läßt dem Einzelnen offenes Feld, seine Kräfte zu üben und sich einen seiner Individualität entsprechenden Erwerbszweig zu wählen; er weiß, daß diese uneingeschränkte Freiheit der Mitbewerbung und der Wetteifer, welchen sie erzeugt, die beste Garantie dafür ist, daß der Einzelne in dem rastlosen Getriebe der Interessen seine Stelle behauptet und sich und dem Ganzen zu Nutzen arbeitet. Aber ebenso läßt ihm der Staat auch die volle Verantwortlichkeit für das, was er thut. Und mit Fug und Recht hält die Gesetzgebung unentwegt fest an dem Satze, daß Jeder verantwortlich sei für seine Handlungen; sie bestätigt damit nur eine auf das Wesen aller praktischen Thätigkeit des Menschen gestützte Anforderung, die eben deßhalb für das Recht sowohl wie für die Moral in gleichem Maße gültig ist. Wie jede menschliche Handlung ein Erzeugniß des ganzen Menschen ist, so treffen auch ihre Folgen seine ganze Persönlichkeit, und so wenig es möglich ist, am Dieb nur die Habsucht, am Ehebrecher nur die Wollust, am Mörder nur die Rachsucht zu strafen und nicht auch den Dieb, den Ehebrecher, den Mörder selbst, ebensowenig läßt sich die erwerbende Thätigkeit des Menschen zerstückeln und in verschiedene Säcke verpacken. Folgerecht muß denn auch ein Gesellschafter, der mit eigenem Willen für Erreichung der gesellschaftlichen Zwecke thätig ist und in Folge dessen Verpflichtungen eingeht, für das, was er verhandelt hat, mit seiner ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit einstehen.

Aber die Gesetzgebungen gehen noch weiter: sie lassen einen jeden Gesellschafter auch für solche Verpflichtungen haften, welche nicht er selbst, sondern andere Gesellschafter auf den Namen der Gesellschaft übernommen haben. Auch diese Vorschrift beruht auf durchaus richtigen Erwägungen. Die Gesellschafter vereinigen sich zur Ausführung eines von Jedem gewollten Zweckes, für welchen ein Jeder in der ihm angewiesenen Verrichtung sich bemüht — Einheit des Willens, Vertheilung der Willensäußerungen. Ein jeder Genosse vollzieht somit in seiner Bethätigung zugleich seinen eigenen und den Willen der Uebrigen, und mit demselben Recht, mit welchem der Vollmachtgeber

haftbar erklärt wird für die Handlungen seines Bevollmächtigten, wird jeder Gesellschafter von den Handlungen seiner Genossen gerade so erreicht und mitbetroffen, wie wenn es seine eigenen Handlungen wären. Man wende nicht ein, die meisten Gesellschaften müßten, um ihre Unternehmungen auszuführen, ihre Zuflucht zu Mehrheitsbeschlüssen nehmen, in welchem Falle es ungerecht sei, die Minderheit als mitzustimmend anzusehen und rechtlich der Mehrheit gleichzustellen. Ein Mehrheitsbeschluß nämlich konstatirt nur eine vor dem Beschlusse bestandene Meinungsverschiedenheit; sanctionnirt der Gesellschaftsvertrag, also die Zustimmung aller Gesellschaftsmitglieder, die Verbindlichkeit solcher Beschlüsse für die Minderheit, so hat ein Mehrheitsbeschluß den Zweck und ist die von Allen gutgeheißene Form, um zur Einstimmigkeit zu gelangen. Einmal gefaßt, muß er von Allen angenommen und zum Leitfaden ihres ferneren Verhaltens gemacht werden; er ist also eben so wohl der Wille Aller, wie ein einstimmig gefaßter Beschluß. Nur dann könnte die Spaltung in Mehrheit und Minderheit von rechtlichen Folgen sein, wenn die Mehrheit Gegenstände, die den gesellschaftlichen Angelegenheiten fremd sind, einmischen wollte: aber in diesem Falle entläßt auch die positive Gesetzgebung die nicht zustimmenden Genossen ihrer Verantwortlichkeit, denn in Beziehung auf den von der Mehrheit übernommenen Gegenstand besteht ein Gesellschaftsverhältniß zwischen ihr und der Minderheit nicht.

Indessen machen die Civilgesetzgebungen selbst eine Ausnahme von der Regel persönlicher und solidarischer Haftbarkeit der Gesellschafter, nämlich bei der Commanditgesellschaft. Der Untersuchung, welche Gründe diese Ausnahme veranlaßt haben, dürfen wir uns um so weniger entziehen, als es den Anschein hat, die Actiengesellschaft sei nur eine erweiterte Commandite und der Gesetzgeber müsse im einen wie im andern Falle von den nämlichen Motiven ausgehen.

Man versteht unter Commanditist denjenigen, welcher sich an dem Gewinn und Verlust eines fremden Geschäfts, werde dies nun von einem Einzelnen oder von einer Gesellschaft betrieben, bis zu der Höhe eines bestimmten von ihm einzuschießenden Kapitals betheiligt. Der oder die Geschäftsführer, welche

das Kapital des Commanditisten (stillen Gesellschafters) verwenden, heißen Complementare, offene Gesellschafter, Geranten. Der Commanditist ist nicht befugt, im Namen der Gesellschaft irgend eine Verhandlung mit dritten Personen abzuschließen; er soll dem Publikum in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nicht bekannt werden und steht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in keiner persönlichen Verantwortlichkeit *). Das französische Handelsgesetzbuch verbietet ihm jede Einmischung in die Gesellschaftsangelegenheiten, während der frühere italiänische Handelsbrauch es der Vereinbarung unter den Gesellschaftern anheimstellte, ob und welchen Einfluß sie dem Commanditisten einräumen wollten **). Eine erhebliche Differenz liegt darin nicht: beide Rechtsanschauungen gehen darin einig, daß nach Außen der Commanditist nicht als Gesellschafter und kraft dieser Eigenschaft zur Disposition über das Gesellschaftsvermögen Berechtigter hervortreten dürfe, und der ganze Unterschied reducirt sich darauf, daß die italiänischen Praktiker vom rechtlichen Standpunkt aus nur Dasjenige beachten zu dürfen glauben, was in äußerlich für Dritte erkennbaren Acten ausgesprochen wird, während das französische Handelsrecht in das Innere und in die Wahrheit der Sache eindringt. Der Begriff der Commandite bleibt also in beiden Auffassungen, von denen die letztere gegenwärtig die herrschende ist, der nämliche, und wir könnten die Definition auch so stellen: Commanditist ist derjenige Gesellschafter, der bloß Kapital einlegt, und, soweit man wenigstens rechtlich Kunde davon hat, keine Thätigkeit für die Gesellschaftszwecke entwickelt. Der Grund, weßhalb er nicht solidarisch mit den Anderen haftet, scheint darin gesucht werden zu müssen, daß er der Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten fern bleibt.

Aber bei einer solchen Definition kommt man doch wieder

*) Hier ist zwischen der veröffentlichten und der nicht veröffentlichten Societät zu unterscheiden. Vergl. meine Kritik Heft 2 S. 38. 44 ff. Auf dieser, nur zu weit getriebenen Scheidung, beruhen auch die Bestimmungen des Entwurfs eines Deutschen Handelsgesetzbuchs, nach den Beschlüssen der zweiten Lesung Art. 142 ff. 286 ff.

Anmerk. des H.'s.

**) Fischer Preußens kaufmännisches Recht S. 478 ff.

mit der positiven Gesetzgebung in Conflict. Die neuere Praxis des römischen Rechts — die Quellenzeugnisse scheinen uns freilich in diesem Punkte irrig gedeutet zu sein — und alle modernen Civilgesetzbücher stellen übereinstimmend den Satz auf, auch ein gewöhnlicher Gesellschaftsvertrag könne in der Weise geschlossen werden, daß eines oder einige Mitglieder nur Kapital einschießen, ohne Arbeitsleistungen über sich zu nehmen. Sie lassen ferner den Gesellschaftern uneingeschränkte Freiheit in Anordnung der Verwaltung und Geschäftsführung. — Die Stellung eines Mitgliedes nun, welches nur mit Kapital, aber weder an der Produktion noch an der Disposition sich betheiligt, ist genau die gleiche, wie diejenige des Commanditisten: demungeachtet gilt ein solcher Gesellschafter nicht als Commanditist, sondern muß mit seinem Privatvermögen für alle Gesellschaftsverpflichtungen einstehen. Er muß, um die Rechte des Commanditisten zu besitzen, sich noch ausdrücklich den Namen Commanditist beilegen und durch besondere Klausel im Vertrag stipuliren, daß er für Verluste nur bis zur Höhe seines Baareinschusses hafte *). Nun von zwei Dingen Eines. Entweder trifft von Rechteswegen den nur Kapital einschießenden Gesellschafter die gleiche Verantwortlichkeit wie den arbeitenden Genossen — dann ist es zu verwerfen, daß lediglich durch eine Klausel in dem von den Gesellschaftern unter sich geschlossenen Vertrage diese so äußerst wichtige Rechtsfolge ausgeschloßen werden darf, welche ja an den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter sich nichts ändert, wohl aber ihren Beziehungen zu dritten Personen eine ganz andere Gestalt verleiht. Oder aber die Gerechtigkeit fordert, daß der Commanditist nie ein Mehreres einbüßen könne, als seine Einlage — alsdann gebührt gleiches Recht jedem Mitglied einer Gesellschaft, welches derselben unter materiell gleichen Bedingungen wie der Commanditist beigetreten ist. Wenn unsere obige Begründung der Solidarität unter Gesellschaftern richtig ist, so kann der Entscheid nur zu Gunsten der letzteren Alternative ausfallen; denn natürlich ist die Solidarität

*) Das ist nur nach französischem, nicht auch nach gemeinem Recht, als richtig anzuerkennen. Anmerk. des H.'s.

Ausnahme von der Regel, und unsere zu deren Stütze angeführten Gründe haben lediglich auf den mit seiner Thätigkeit wirksamen Gesellschafter Bezug. Die folgenden Bemerkungen sollen diese Ansicht noch weiter ausführen; um Zweideutigkeiten zu vermeiden, gebrauchen wir dabei die Benennung „industrieller Gesellschafter“ für denjenigen, welcher, sei es mit sei es ohne Kapitaleinschuß, mitthätig ist für die Gesellschaftszwecke, und bezeichnen als „Kapitaleinleger“ denjenigen, der, sei es mit sei es ohne Hinzufügung der Commandite-Clausel, bloß Kapital einschießt, ohne zu einer solchen Mitwirkung befugt oder verpflichtet zu sein.

Nicht deßhalb wollen wir den Kapitaleinleger der solidarischen Verantwortlichkeit enthoben wissen, weil seine gesellschaftliche Eigenschaft eine besonders gestaltete wäre; wir gehen weiter und behaupten: der Kapitaleinleger ist in Wahrheit gar nicht Gesellschafter, und nur der industrielle Gesellschafter verdient diesen Namen. Die Gesetzgeber verwirren das ganze Vertragssystem, wenn sie den Kapitaleinleger als Gesellschafter behandeln. Der Gesellschaftsvertrag ist der einzige, welcher, statt wie die meisten anderen Verträge die Arbeitskraft des Einen mit dem Kapitalbesitz des Anderen zu combiniren, Erwerbsthätigkeit des Einen mit Erwerbsthätigkeit des Anderen verbindet: ordnet man auch den Kapitaleinleger unter die Gesellschaft ein, so ist dies Kriterium verwischt. Ueberhaupt aber ist die wirthschaftliche Bethätigung, wie bereits nachgewiesen wurde, das nothwendige Element der Gesellschaft, der Factor, ohne welchen sie gar nicht existiren kann: nun liegt aber der logische Widerspruch auf der Hand, denjenigen als Glied eines Rechtsverhältnisses zu betrachten, bei welchem der wesentliche Characterzug dieses Rechtsverhältnisses gar nicht vorhanden ist. Glied einer Gemeinschaft, deren Devise „Arbeit“ heißt, kann nur ein Arbeiter sein. Wie sehr sich die Gesetzgebung, indem sie diesen Satz verleugnete, in unhaltbare Suppositionen verstrickte, zeigt sich namentlich auch darin, daß sie den Kapitaleinleger als Miteigenthümer am Gesellschaftsfonds ansieht, so daß also hinsichtlich der Eigenthumsverhältnisse sein Beitritt zur Gesellschaft nur die Folge hat, die Complementare als Miteigenthümer des bisher ausschließlichen

Besitzes eintreten zu lassen. In Wahrheit aber bleibt von den Merkmalen des Eigenthums auf Seite des Kapitaleinlegers gar nichts übrig *), und den Beweis hiefür findet derjenige, dem theoretische Sätze nicht genügen, in der Geschichte. Wir erinnern nur an die frühere Theorie vom Ober- und Nutzeigenthum. Ursprünglich war der Nutzeigenthümer nur ein zur Nutzung einer fremden Sache Berechtigter, seine Befugniß zur Benutzung leitete er ab von der Verleihung des Obereigenthümers. Aber im Laufe der Zeit wurde diese Nutzungsberechtigung immer stabiler: sie vererbte sich vom Vater auf den Sohn, sie konnte nur aus gewissen, mehr in den politischen Anschauungen der Zeit, als im Eigenthumsrechte des Grundherrn wurzelnden Gründen entzogen werden — kurz sie wurde zu einer wirklichen Herrschaft des Bebauers über das Grundstück, welcher, um vollständig zu sein, nur noch die freie Veräußerungsbefugniß mangelte. Auf der anderen Seite schmolz das Recht des Grundherrn auf die Forderung gewisser Gefälle zusammen und nur durch zufällige Umstände konnte er allenfalls in die Lage versetzt werden, eine thatsächliche Gewalt über das Grundstück auszuüben. Sein sogenanntes Obereigenthum war ein Dogma, aber keine Wahrheit. Hatte die Jurisprudenz dem practischen Rechtssinn des Volkes bereits das Zugeständniß machen müssen, daß sie den Bebauer als Nutzeigenthümer, somit wenigstens nicht als Inhaber einer fremden Sache gelten ließ, so verdrängte sie das römische Recht mit seiner unerbittlichen Logik auch aus diesem letzten Bollwerk: es zerstörte mit dem einfachen Satze: „ungetheiltes Eigenthum Mehrerer an der nämlichen Sache ist unmöglich," die künstliche Distinction von Ober- und Nutzeigenthum, und welchem von beiden Eigenthümern dieser Name eher zukomme, darüber ließ die ganze bisherige Entwicklung keinen Zweifel übrig. Das ursprüngliche Verhältniß kehrte damit sich gerade um: dem Bebauer mußten auch die bisher ihm vorenthaltenen aber im

*) Auch geschichtlich erscheint der Complementar als einziger Eigenthümer des Gesellschaftsfonds. Die neuere Theorie stammt aus der französischen Jurisprudenz. Vgl. Meine Kritik II. S. 40 Not. ***

Anm. d. H.

Wesen des Eigenthums liegenden Befugnisse zugestanden werden, während der Obereigenthümer an seinen Gefällen nur ein Recht an fremder Sache zurückbehielt. — Diese geschichtliche Erfahrung beweist, wie wenig es möglich ist, durch gesetzgeberische Fiction ein Eigenthum da aufrecht zu erhalten, wo es thatsächlich nicht besteht; gerade bei der Kapitaleinlage in ein Unternehmen aber ist eine solche Fiction noch weit unhaltbarer, als bei Rechten an unbeweglichen Sachen. Die volle Verfügungsgewalt über das eingeworfene Kapital ist bei dem Unternehmer; er verwendet es für Zwecke, für welche einzig er seine industrielle Kraft einsetzt, und wenn er schon hinsichtlich der Art der Verwendung bindende Versprechungen abgelegt hat, so ist doch die Erfüllung dieser Zusagen einzig von ihm abhängig und der Kapitalist hat das Recht nicht, eine Mitwirkung bei den Verfügungen des Unternehmers zu beanspruchen. Er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn der Unternehmer das Zutrauen täuscht, welches er in ihn setzte. Bei unbeweglichen Sachen hatte die Unterscheidung von Ober- und Nutzeigenthum noch einen Anhaltspunkt theils an den geschichtlichen Antecedentien, theils an der Möglichkeit, einzelne Berechtigungen an der Sache von dem Recht des Eigenthümers abzulösen (z. B. Servituten); aber bei gemeinschaftlichen Unternehmungen ist der Kapitaleinleger nicht zuvor selbst Unternehmer gewesen, und was er in den Besitz des Unternehmers weist, ist Geld — eine Sache, von welcher die römischen Juristen so treffend sagen, daß ihr Gebrauch im Verbrauch bestehe. Eine vollständigere Aeußerung des Eigenthums an einer Sache aber, als deren befugter Verbrauch, läßt sich nicht denken.

Durchgehen wir die positiven Gesetzesvorschriften, so stimmt mit unserer Ansicht hauptsächlich das nicht, daß ein bloßer Kapitaleinleger Mitglied einer gewöhnlichen Erwerbsgesellschaft sein kann. Im Uebrigen zeigt es sich, daß dieser theoretische Irrthum nicht practischer Bestimmungsgrund der Gesetzgebungen gewesen ist, dieselben vielmehr ausschließlich das Verhältniß des industriellen Gesellschafters im Auge hatten. So z. B. kann ein Gesellschafter nicht willkürlich über seinen Antheil an der Gesellschaft verfügen; eine Abtretung, die er vornimmt, verbindet die übrigen Gesellschafter nicht, den Cessionar als neu eintretendes

Mitglied anzuerkennen; ebensowenig geht, wenn ein Gesellschafter mit Tod abgeht, seine Mitgliedschaft auf die Erben über. Der Grund dieser Beschränkungen ist schon im römischen Rechte namhaft gemacht worden *). Wie bei der Bevollmächtigung und beim Dienstauftrag sind die persönlichen Eigenschaften des industriellen Gesellschafters das Motiv zur Abschließung des Vertrages — Eigenschaften, die man nicht wie ein Stück seiner Habe auf einen Anderen übertragen kann. Geld dagegen hat keine individuelle Farbe: wer es bedarf, dem kann es, vorausgesetzt, daß die rechtlichen Bedingungen die nämlichen bleiben, gleich viel gelten, ob er es von Diesem oder Jenem erhält. Sehr bezeichnend ist es daher, daß schon das römische Recht die Vererbung der Eigenschaft eines Gesellschafters bei den in Rom's politischer Geschichte eine so große Rolle spielenden Gesellschaften der Steuerpächter gestattete, sofern der austretende Gesellschafter nicht zugleich Geschäftsführer war: diese Gesellschaften der Steuerpächter waren eben wesentlich Kapitalgesellschaften, welche in ähnlicher Weise wie die heutigen Actiengesellschaften ihren Vorstand hatten, während die Mehrzahl der Theilhaber an der Verwaltung unbetheiligt blieben. In der That hat jene Beschränkung der Uebertragbarkeit gesellschaftlicher Berechtigungen keinen Sinn gegenüber

*) Wenn es unter den Philologen Leute gibt, die vor lauter Subtilitätensucherei die Fähigkeit zum Verständniß einer einfachen Sache verloren zu haben scheinen, so liefert auch die Jurisprudenz Seitenstücke dazu. Dem berühmten Cujacius ist die im Corpus Juris enthaltene Motivirung der Vorschrift, daß, ohne Rücksicht auf entgegenstehende Verabredungen, der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft endige, viel zu handgreiflich. Er klügelt heraus, die Römer hätten — warum, begreift kein Mensch — mit dem wahren Grund hinter dem Berge gehalten, dieser sei vielmehr gewesen — die ihnen besonders werthe Freiheit des Testirens, und Herr Troplong nickt zu diesem Fündchen wohlgefällig Beifall, mit dem Bemerken, der Gedanke von Cujacius sei „plus profonde et plus radicale." Wahrscheinlich haben Ulpian, Papinian und Genossen sich geschämt, vor den christlich-germanischen Gelehrten, die allenfalls nach Jahrhunderten ihre Schriften lesen würden, ihre Feindseligkeit gegen das System der Intestaterbfolge zu bekennen.

Kapitaleinlegern; sie führt uns auf den nämlichen Grund, aus welchem wir bereits die persönliche Einstandspflicht des industriellen Gesellschafters ableiteten, zurück, auf die unlösbare Verknüpfung menschlicher Thätigkeit mit der individuellen Person. — Auf gleiche Resultate würden wir stoßen, wenn wir die Bestimmungen: daß ein Gesellschafter kein den Interessen der Gesellschaft nachtheiliges Geschäft unternehmen soll, daß der Vertrag von jedem Mitglied aufgekündet werden darf, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter stirbt oder austritt, daß ein Gesellschafter von der Theilnahme am Verlust, nie aber von der Betheiligung am Gewinn ausgeschlossen werden darf u. dgl. m., nach ihren inneren Gründen prüfen wollten. — Mit Einem Wort: die Gesetzgeber haben selbst keinen Glauben an ihre Theorie von der Gleichstellung des Kapitaleinlegers und industriellen Gesellschafters gehabt. Ein Glück, daß sie die Umwandlung in eine Commanditegesellschaft nicht erschwert haben, so daß mit einiger Vorsicht der Kapitaleinleger jener ihm angedrohten Gleichstellung entgehen kann; sonst ohne Zweifel hätte sich oft genug die Ungerechtigkeit fühlbar gemacht, daß der Kapitaleinleger, während er alles Einflusses auf die Gesellschaftsangelegenheiten baar ist und durch seinen Beitritt nur die Sicherheit der Gläubiger erhöht, für diesen Dienst damit belohnt wird, daß er mit seiner ganzen Habe die Schulden, welche Andere ohne seine Einwilligung und ohne sein Vorwissen gemacht haben, decken muß.

In Wahrheit verhält sich also die Sache folgendermaßen. Die Commandite ist keine bloße Modification des gewöhnlichen Gesellschaftsvertrages, sondern ein neben diesem bestehendes selbstständiges Rechtsinstitut. Sie hat ihre eigenthümlichen Rechtsgrundsätze so gut wie ihrerseits die industrielle Gesellschaft. Aus der Natur der Sache, und nicht erst aus einer willkürlichen Clausel, folgt es, daß die Kapitaleinleger nur bis zur Höhe ihres Kapitaleinschusses haften und ihr Anrecht auf Rechtsnachfolger übertragen können. Die Gesetzgebung sollte anerkennen, daß sobald die Voraussetzungen: Kapitalbetheiligung mit Antheil an Gewinn und Verlust, aber Ausschluß von jeder gesellschaftlichen Thätigkeit, vorhanden sind, die Rechtsfolgen, welche sie jetzt nur dem Commanditisten zugesteht, allgemeines und strictes Recht,

nicht bloß Ausnahme von der Regel sind. Schon eine genauere Erwägung der Definition des Gesellschaftsvertrages: „Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Zwecke“ hätte zu dieser Anerkennung veranlassen sollen. Das Kapital für sich nämlich ist todt und zwecklos, nur eine Grundlage, nicht schon eine positive Leistung zu Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes; letztere erfordert einen persönlichen Kraftaufwand, und dieser ist auch das einzige äußerlich erkennbare Zeichen, daß der gemeinsame Zweck nicht nur innerlich gewünscht, sondern wirklich gewollt d. h. durch Handlungen angestrebt werde. Zwar gibt auch der Kapitaleinleger zu einem bestimmten Zwecke, er will mit seinem Gelde das Unternehmen fördern: aber er verfolgt dieß Ziel nicht als sein eigenes, sondern er unterstützt, was Andere für dasselbe thun. Seine äußere Handlung — und dies ist der Maßstab der rechtlichen Beurtheilung — drückt nichts aus, als daß er einem Unternehmer für dessen Unternehmung Kapital ausliefert. Rechtlich genommen verfolgt daher der Kapitaleinleger einen andern Zweck als der Unternehmer: jener will aus bereits errungenen, zu Kapital gewordenen Arbeitsergebnissen eine Subsistenz ziehen, er betrachtet das Unternehmen als eine vortheilhafte Kapitalanlegung, dieser will durch seine Arbeit neue Kapitalien produciren.

Was nun die Verwandtschaft der Commandite mit der Actiengesellschaft anbetrifft, so scheint nach herrschender Meinung so viel sicher, daß unter einer Gesetzgebung, welche, wie unsere bernische, die Actiengesellschaften noch gar nicht als selbstständiges Rechtsinstitut kennt, dieselben als Commanditen betrachtet werden müßten. Die Ansicht, daß der Unterzeichner einer Actie nie für etwas Weiteres als für Einzahlung derselben in Anspruch genommen werden könne, ist bereits eine so allgemein verbreitete, daß selbst dann, wenn das Programm oder die Statuten keine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts aufgenommen hätten, kaum irgend ein Gericht es wagen würde, dieser „communis opinio“ entgegenzutreten. Die Directoren oder Geschäftsführer der Gesellschaft dagegen müßten, obwohl bloße Angestellte, die persönliche Verantwortlichkeit für alle ihre Verhandlungen auch dritten Personen gegenüber tragen; man würde sie gleich behandeln wie

den Complementar einer Commandite. Solange die juristische Person die einzige anerkannte Form des rein gegenständlichen Kredits ist, kann die Rechtsprechung unmöglich auch das der Actiengesellschaft zugeben, daß ihre handelnden Organe der persönlichen Einstandspflicht gegenüber den Gläubigern enthoben seien. Aber diese anscheinende Aehnlichkeit zwischen Commandite und Actiengesellschaft tritt in den Hintergrund, sobald wir, abgesehen vom positiven Gesetze, dasjenige Recht ins Auge fassen, welches die Actiengesellschaft als ihre natürliche Constitution in Anspruch nimmt. Sie trifft alsdann mit der Commandite nur in äußerlichen Dingen, in der beschränkten Haftbarkeit der Actionäre und in der Uebertragbarkeit der Actien, zusammen; in ihrer Organisation dagegen steht sie der industriellen Gesellschaft näher. Geschäftsherren nämlich sind bei ihr die Actionäre, nicht die Verwalter; die Letzteren haben allerdings in ihrem Wirkungskreis eine ziemlich große Selbstständigkeit, aber ihre Befugnisse beruhen nicht auf eigenem Recht, sondern sie vollziehen ein Mandat der Actionäre. Was bei der Commandite dienendes Glied ist, das Kapital nämlich, ist bei der Actiengesellschaft das herrschende, und umgekehrt die Industrie bei jener über-, bei dieser untergeordnet. Beide sondern Kapital und Industrie, aber in gerade entgegengesetzter Weise. Sind bei einer Commandite mehrere Geranten, so bilden diese letzteren unter sich eine industrielle Gesellschaft; eine Actiengesellschaft dagegen ist eine durch Stellvertreter handelnde industrielle Gesellschaft der Actionäre. Wenn die Actionäre demungeachtet die characteristischen Merkmale des industriellen Gesellschafters von sich abwerfen, so müssen andere Beweggründe, als wir sie bei der Commandite fanden, dabei im Spiele sein. Eine Beleuchtung der Grenzen, welche sowohl der Commandite wie der industriellen Gesellschaft durch ihre eigenen Naturgesetze gezogen sind, wird uns zeigen, von welcher Art das Bedürfniß ist, dem weder die eine noch die andere Form genügt und welches eben deßhalb ein besonderes Rechtsinstitut, die Actiengesellschaft, erfordert.

Bevor wir hierauf eingehen, möchten wir ein Raisonnement entkräften, welches namentlich in neuerer Zeit, veranlaßt durch die traurigen Erscheinungen des Börsenspiels mit Actien,

oft gehört worden ist. Es fehlt nicht an Stimmen, welche in der Aufhebung der persönlichen Haftbarkeit der Geschäftsführer einen Fehler der Gesetzgebung sehen und uns beglückwünschen würden, wenn wir mit aller Zähigkeit an der Form der Commandite festhielten und die Actienunternehmungen nöthigten, sich unter dieses Rechtsverhältniß zu beugen. Man nimmt ein Aergerniß an den glänzenden Prospecten und Rentabilitätsberechnungen, mit welchen Actiengesellschaften vor das Publikum treten, um dasselbe zu massenhafter Subscription zu bewegen; ist, sagt man, das Geschäft wirklich so gut und reich an Aussichten, so braucht keiner der Gründer sich zu scheuen, für dasselbe mit Hab und Gut einzustehen, ist dagegen der Erfolg so zweifelhaft, daß die ersten Unternehmer selbst nicht wagen, mit ihrer Person dazu zu stehen, so ist es auf eitel Schwindel und Prellerei leichtgläubiger Opfer abgesehen. Wir begnügen uns, solchen Ansichten hier nur die Erfahrungen Englands und Frankreichs entgegenzustellen. — In dem nüchternen England, dessen Solidität im Handel sprüchwörtlich geworden ist, treffen wir wiederholt auf die erstaunlichsten Beispiele, bis zu welcher aberwitzigen Tollheit Speculationseifer und Gewinnsucht den Menschen den Verstand verrücken können. Im Jahr 1720 z. B. bildeten sich in London so viele Actienunternehmungen, daß gegen Ende des Jahres die Gesammtsumme der einzuzahlenden Actien sich auf 300 Millionen Pfund Sterling (= 7500 Millionen Franken) belief, und wenn nicht die unverwerflichsten historischen Zeugnisse den Thatsachen zur Seite stünden *), so möchte man versucht sein, es für ein Mährchen zu halten, mit welch' abenteuerlichen Aushängeschilden damals die Kapitalien gefangen wurden. Es bildeten sich Gesellschaften, „zur Gewinnung von süßem Wasser aus Meerwasser,“ „zur Gewinnung von Silber aus Blei,“ „für ein Perpetuum mobile,“ „Quecksilber in ein hämmerbares und feines Metall zu verwandeln,“ „zur Einführung großer Esel aus Spanien“ — ja ein Gauner setzte dem Schwindel die Krone auf,

*) Siehe Lord Mahon, Geschichte von England, übersetzt von Steger. Bd. II. S. 14 fg.

indem er Actien aufnahm „für ein Unternehmen, welches zu rechter Zeit enthüllt werden soll," jedem Subscribenten gegen Erlegung von zwei Guineen eine auf 100 Pfd. St. lautende und die versprochene Enthüllung enthaltende Actie einhändigte, und, nachdem er am nämlichen Morgen, an dem er die Subscriptionsliste auflegte, zweitausend Guineen eingestrichen hatte, Nachmittags das Weite suchte. Nicht gewitzigt durch die furchtbare Krise, welche in Folge dieses Schwindels über die Nation hereinbrach (gleichzeitig mit dem Sturz der Law'schen Bank in Paris), überließ ein Jahrhundert später, in den Jahren 1824 und 1825, die englische Hauptstadt und Metropole des Welthandels sich gleichem wahnsinnigen Taumel, der an Thorheiten aller Art und an unheilvollen Folgen wenig hinter den Ereignissen von 1720 zurückstand *). Dieß geschah unter einer Gesetzgebung, welche nicht nur die Gründer des Unternehmens, sondern sogar Jeden, der nur eine Actie subscribirte, mit seinem ganzen Vermögen für Schulden des Unternehmens haften ließ — denn erst im Jahr 1855 hat England durch die limited-liability-bill diese rigorose Härte seiner Gesetze gemildert. Auch Frankreich hat seine Perioden des Schwindels gehabt: am bekanntesten sind in dieser Hinsicht die Finanzoperationen des Schotten John Law, welche ihrem Urheber — freilich mit Unrecht, denn Law selbst war nicht nur ein persönlich äußerst uneigennütziger Character, sondern hat auch in seinen Irrthümern mehr Einsicht bewiesen, als die Meute seiner Ankläger — den Fluch einer ganzen Nation zugezogen haben. Die Chronik der Regentschaft erzählt, in der Straße Quincampoix, dem Sitz der Law'schen Bank, habe ein Buckliger ein Vermögen von 80,000 Franken damit erworben, daß er den Speculanten seinen Rücken als Schreibpult verlieh. Die Law'sche Bank aber war eine auf Actien gegründete Commanditegesellschaft. In unserem Jahrhundert ist in Frankreich so starker Mißbrauch mit den Commanditeactiengesellschaf-

*) Näheres bei Miß Martineau, Geschichte Englands von 1816—1846, Bd. I. S. 252 ff. der deutschen Uebersetzung.

ben getrieben worden, daß 1838 eine Commission der Deputirtenkammer das gänzliche Verbot derselben beantragte; im Jahre 1856 mußte ein eigenes Gesetz mit strengen Restrictivmaßregeln gegen sie erlassen werden. Diese Commanditactiengesellschaften, deren einzig in der Zeit vom 1. Juli 1854 bis 1. Juli 1855 in Paris 227 mit einem Kapital von 968 Millionen entstanden, suchten namentlich das kleine Kapital, welches sonst in Sparkassen fließt, anzulocken: sie emittirten Actien zum Betrag von 25, 20, 15, 10, 5 Franken — d. h., wie der Rapport des Deputirten Langlais an das Corps législatif treffend bemerkt, „nicht mehr Actien, sondern Lotteriebillete." Wenn man liest, daß sich eine solche Gesellschaft unter dem Titel: „Gesellschaft zur Vermählung Afrika's und Amerika's" ankündigte, Actien von einem Franken ausgab und als verantwortlichen Geranten einen „Herrn Christoph Columbus" nannte — so glaubt man ins Jahr 1720 zurückversetzt zu sein. Es herrscht in Frankreich nur Eine Stimme darüber, daß der wahre Schlupfwinkel des Schwindels und Betrugs gerade die Commanditactiengesellschaften sind. Bei den eigentlichen Actiengesellschaften kommen solche Mißbräuche weit seltener vor, weil sie nur mit Genehmigung der Regierung gegründet werden können und unter Aufsicht des Staates stehen. Gerade diese staatliche Controlle aber ist Industrierittern unbequem, und sie finden in der Voranstellung irgend eines Strohmannes als Geranten ein leichtes Mittel dieselbe zu umgehen und in aller Stille im Trüben zu fischen. Weit entfernt also, daß die persönliche Verantwortlichkeit von Geranten ein wirklicher Beweis für die Güte der Sache wäre, ist sie oft nicht mehr als ein Deckmantel für die Mängel derselben. Bei Actiengesellschaften bringt schon die Regierungsgenehmigung eine gewisse Garantie mit sich, daß man es nicht geradezu mit handgreiflichen Seifenblasen der Industrie zu thun habe; das Unternehmen steht überdies beständig der Oeffentlichkeit vor Augen; die Actionäre haben, was den Gang der Verwaltung betrifft, dieselben Interessen, wie die Gläubiger, und sind in der Stellung, die Gesellschaftsbeamten zur Förderung dieser Interessen anzuhalten; diese Beamten selbst sind gebunden an die Statuten und an ihre Instructionen. Wenn das Unternehmen selbst Zutrauen und Kredit

verdient, so ist diese ganze Organisation ein Gewähr dafür, daß es sachgemäß ausgeführt werde. Mit vollem Recht kann man also von der Actiengesellschaft sagen: wenn das Geschäft an sich rentabel ist, so liegt darin, daß sich eine Actiengesellschaft desselben bemächtigt, eher eine Aussicht mehr auf gesicherten Ertrag, als ein Anlaß zu Verdacht.

Die Commandite ist zu einer sehr wichtigen Mission im Verkehrsleben berufen. Sie ist die vollendetste Form gegenseitiger wirthschaftlicher Ergänzung der Einzelnen: Kapital, welches der Besitzer nicht productiv zu machen versteht, Erwerbsfähigkeit, welcher es am nöthigen Betriebskapital gebricht, verbindet sie zu einer Einheit, ohne den großen Vorzug der Einzelwirthschaft, die persönliche Thatkraft und Einheit des Regiments, einzubüßen. Keine öffentlichen Anstalten, noch auch Privat-Geldinstitute können ersetzen, was die Commandite zu leisten im Stande ist: alle solche Anstalten dürfen nur unter genau fixirten Bedingungen Credite gewähren und müssen irgend welche reale Sicherheit verlangen, die Commandite dagegen gründet sich auf das von Mensch zu Mensch sich bildende Zutrauen, sie tritt auch da ein, wo persönliche Bekanntschaft Hoffnung auf einsichtiges und werkthätiges Entfalten individueller Kräfte erweckt, wo der Werth des Mannes dem Kapitalisten hinreichende Garantie bietet. Es ist zu bedauern, daß diese Vertragsform, welche den Kleinbetrieb — und damit die politischen Interessen einer Demokratie, deren Freiheit wesentlich auf der Selbstständigkeit desjenigen Standes beruht, in welchem der Einzelne seine Existenz wesentlich der eigenen Kraftanstrengung verdankt — so ungemein zu heben geeignet ist, bis jetzt nicht mehr in unsere Sitten eingedrungen ist und fast bloß unter dem Handelsstande Anwendung findet. Als Kapitalanlage gewährt die Commanditirung zwar weniger Sicherheit als das verzinsliche Darlehen, weil bei diesem das vorgeschossene Kapital am Verlust nur insoweit Theil nimmt, als der Empfänger persönlich zahlungsunfähig wird; noch weiter steht sie in dieser Beziehung zurück hinter dem hypothekarisch versicherten Darlehen, aber sie übertrifft beide Formen durch die Aussichten auf eine höhere Rente. Jede dieser Arten der Kapitalanlegung hat ihre besondere Eigen-

thümlichkeit, jede entspricht einer bestimmten Klasse von Kapitalbesitzern. Die Einen suchen vor Allem eine solide Anlage ihrer Gelder; sie begnügen sich gerne mit mäßigem Zins, wenn sie nur aller Befürchtungen wegen Verlust des Kapitals überhoben sind — für diese wird die Anlage auf unbewegliche Pfänder stets ihren Werth behalten. Andere sind kecker, es stehen ihnen noch andere Erwerbsquellen zu Gebote als bloß ihre Kapitalzinse, sie unterziehen sich willig einem größeren Risiko, vorausgesetzt daß sie dafür größeren Ertrag zu erwarten haben — für diese ist die Commandite geeignet. In unserem Canton war bis jetzt jene Klasse stärker vertreten, als die letztere, und wenn es zu Zeiten schwer hielt, Anleihen auf Grundeigenthum zu erhalten, so war es nicht deßhalb, weil die verfügbaren Kapitalien sich der Commanditirung der kleineren Gewerbsleute zugewendet hätten. Die andere Klasse dagegen suchte im Ausland zu erlangen, was im Inlande wenn schon möglich doch nicht üblich war; gewiß wäre es nicht nur patriotischer, sondern zugleich auch vorsichtiger gehandelt, wenn man solche Fonds, statt sie in fernen unserem Gesichtskreis und unserer Würdigung entrückten Unternehmungen zu placiren, der inländischen Industrie zuwenden würde.

Aber nicht in allen Fällen, wo Kapital und Arbeit sich gegenseitig bedürfen, ist die Commandite am Platze. Wir wollen dies an zwei Extremen anschaulich machen. Ein Schriftsteller bedarf zu einem Werke literarischer Hülfsmittel: er schließt um sie zu erlangen mit einem Buchhändler einen Commanditvertrag, wonach dieser ihm die nöthigen Bücher liefert und dafür bezüglich des Honorars mit dem Schriftsteller Halbpart macht. Ein gewandter Kaufmann will eine Bank errichten: ein Kapitalist streckt ihm dazu eine halbe Million vor gegen Einräumung der Hälfte vom Gewinn des Bankgeschäfts. — Beides sind absurde Anwendungen der Commandite: geistige Arbeit ist ein freies Product, welches sich durchaus selbstständig verhält gegenüber seinen materiellen Voraussetzungen, die gelieferten Hülfsmittel sind dem Schaffen des Autors gegenüber ein bloßes untergeordnetes Werkzeug; bei Banquiergeschäften dagegen kann ohne das Kapital die Arbeit gar nicht geschehen, der Arbeiter steht im Dienste des Kapitals und letzterem gebührt die Herr-

schaft über das Unternehmen. Vernünftigerweise wird somit der Schriftsteller seine Bücher gegen Entgeld leihen, der Kapitalist den Geschäftsmann zu seinem Angestellten machen. Uns, die wir es hier nicht mit der Grenzausscheidung zwischen Darlehen und Commandite zu thun haben, interessirt namentlich das letztere Verhältniß. Es gibt Unternehmungen, deren Zustandekommen wesentlich vom Beibringen des nöthigen Kapitals abhängt, von welchen man sagen kann, der wichtigste Theil des Geschäfts ist gethan, wenn das Kapital verfügbar da liegt. Der ausführenden Hände können solche Betriebe natürlich nicht entbehren und je nach der größeren oder geringeren Tauglichkeit dieser zu der aufgetragenen Arbeit wird auch der Ertrag des Betriebes höher oder niedriger sein. Aber doch steht bei diesen Unternehmungen die Arbeit in anderem Verhältniß zum Kapital, als bei der Commandite vorausgesetzt wird. Ein Handwerker z. B. kann durch seine Arbeit seine Subsistenz gewinnen, auch wenn ihm nur geringes Kapital zur Verfügung steht, aber ein Bankdirector, ein Eisenbahningenieur, ein Architect ist mit allen Fähigkeiten, Erfahrungen und Geschicklichkeiten weder sich noch Anderen zu etwas nütze, wenn er nicht Kapitalisten findet, die Banken zu fundiren, Eisenbahnen oder große Werke zu bauen im Stande sind. Die Art des Berufes, dem sie sich gewidmet haben, bringt diese Abhängigkeit vom Kapital mit sich, aber trotz dieser Abhängigkeit kann man sie doch nicht gleich wie die commanditirten Handwerker Arbeiter mit fremdem Kapital nennen. Während bei der Commandite die Leistungen von Kapitalist und Arbeiter nur Ein Unternehmen ausmachen, sind hier Unternehmungen von zwei verschiedenen Arten geeinigt, jede mit einem besonderen Fonds und jede mit besonderem Ertrag. Der Angestellte zieht seinen wirthschaftlichen Unterhalt aus seinem Besitz an geistiger Fähigkeit und technischer Fertigkeit, das Kapital des Anderen ist, wenn der Ausdruck erlaubt ist, das Object, aber nicht die Substanz seiner ökonomischen Bethätigung. Der Zweck, den der Kapitalist durch die industrielle Verwendung seines Besitzes beabsichtigt, wird daher auch nicht durch die Thätigkeit seines Angestellten absorbirt; sein Wille bleibt vielmehr eine gegenwärtige Macht in dem Unternehmen, wie es denn auch dieser

Wille gewesen ist, welcher nicht nur, wie bei der Commandite, einem wirthschaftlichen Gedanken eine breitere Grundlage verschafft, sondern diesen Gedanken zuerst ins Leben gerufen und dessen Ausführung möglich gemacht hat. Gerade in seiner Verbindung mit den individuellen Arbeitskräften, die sich als selbstständige Wirthschaften an dasselbe anschließen, erhält sich das Unternehmen des Kapitalisten ebenfalls als ein für sich selbstständiges, es bleibt eben wesentlich Kapitalunternehmung. — Die Kommandite ist nur so lange lebensfähig, als Arbeit und Kapital unter sich approximativ gleiche Werthe repräsentiren; kleinere Differenzen in dieser Beziehung lassen sich ausgleichen durch einen veränderten Maßstab der Gewinnvertheilung — aber sobald der dem Industriellen gebührende Gewinnantheil allzu tief sinkt im Verhältniß zu dem, was das Kapital zur Förderung des Unternehmens leistet, so reicht jene Ausgleichung nicht mehr hin. Der Kapitalbesitzer wird alsdann das Mißverhältniß empfinden, daß er mundtodt ist in einer Angelegenheit, die doch wesentlich auf seinen Schultern ruht. Sein Recht liegt alsdann nicht mehr in gleicher Höhe mit seinem Interesse. Mag man auch, wie dies z. B. bei den französischen Commanditactiengesellschaften üblich ist, den Commanditisten ausgedehnte Rechte der Controlle: Einsicht in alle Verhandlungen, Bücher und Rechnungen, berathende Stimme bei den Gesellschaftsversammlungen u. dgl, einräumen, immerhin wird man, so lange man wenigstens die Schranken der Commandite einhält, diese Kluft zwischen Recht und Interesse nicht ausfüllen. Derjenige, den der Commanditist zum Herrn des Geschäfts gemacht hat, wird sich auch als solchen fühlen; enthält der Commanditevertrag noch so detaillirte Bestimmungen über die Art der Ausführung des Unternehmens, zur bloßen Maschine wird darum der Geschäftsführer doch nie und ein Spielraum, innert dessen er klug oder unklug, zum Vortheil oder Nachtheil der Sache handeln kann, muß ihm gelassen werden. Und gerade auf diese den Erfolg bedingenden praktischen Mittel ist bei der Commandite der Kapitalist ohne Einfluß; er kann nicht anspornen, wo eine gute Gelegenheit ungenützt vorübergeht, nicht Einhalt gebieten, wo es Noth thut — er hat sich und sein Interesse

unter Vormundschaft gestellt. Faßt er die Sache anders an, nimmt er den Industriellen, dessen Thätigkeit er zu seinem Nutzen dienstbar machen will, auch rechtlich in seinen Dienst, so trifft ihn allerdings eine größere Verantwortlichkeit vor dem Gesetze; allein er muß dagegen in Anschlag bringen, daß der Verlust eines großen Kapitals, welches er in Commandite gibt, fast eben so hart trifft, wie wenn er sich von Anfang an als persönlich haftenden Unternehmer gestellt hätte. Je mehr Kapitalien also er in ein Unternehmen wirft, um so werthloser wird der Vorzug, den ihm die Eigenschaft eines bloßen Commanditisten bietet, um so weniger wiegt er die Vortheile auf, welche ihm der Betrieb auf eigene Rechnung liefert.

Schon diesen Andeutungen läßt sich entnehmen, daß, wenn die Commandite ihre Grenzen hat, doch eine mathematische oder juristische Bestimmung dieser Grenze nicht möglich ist. Wir sind hier auf ein Feld verwiesen, auf welchem nur allgemeine Gesichtspunkte aufgestellt werden können, wo bei der unendlichen Menge verschiedener Combinationen des Unternehmungsgeistes jeder einzelne Fall nach seiner concreten Gestalt erwogen sein will, ohne daß eine feste Classification nach äußerlichen Merkmalen stattfinden kann. Die Mängel der Commandite lassen sich in dem kurzen Satze zusammenfassen: sie eignet sich nicht für das große Kapital; aber groß und klein ist nicht nur ein an sich relativer Begriff, sondern das gleiche Kapital wird groß genannt in dem einen Lande, klein in dem anderen, ja, groß mit Rücksicht auf ein bestimmtes Geschäft, klein mit Rücksicht auf ein anderes. Hier verstehen wir unter großem Kapital dasjenige, welches für sich selbstständige Grundlage einer Unternehmung sein kann: ein Anhaltspunct zur Unterscheidung vom kleinen Kapital liegt in dieser Beziehung schon darin, daß das letztere nur eine Lücke im Betriebe Anderer ausfüllen kann, während jenes mindestens so viel leisten muß, daß es außer dem vermehrten Ertrag, den der in Industrie speculirende Kapitalist erwartet, auch noch die volle Subsistenz für den Arbeiter abwirft — ein Factor, der um so höher steigt, auf je höherer Stufe die Thätigkeit des Arbeiters steht. Aber auch da, wo dieß der Fall ist, kann man, in der

Regel wenigstens, das Kapitalinteresse noch nicht als die selbstständige Macht in dem Unternehmen ansehen. Dazu gehört meist noch, daß das Kapital in seiner von ihm ausgehenden und zu ihm zurücklaufenden Bewegung eine ganze Anzahl individueller Arbeitskräfte im Schlepptau führe, daß diese alle in der vorhin beschriebenen Weise zugleich selbstständige Unternehmungen mit einem vom Kapital verschiedenen Fonds seien — so daß ihrem Eigeninteresse gegenüber auch das Kapitalinteresse als ein für sich dastehendes sich erhält. Der Kapitalist, wenn er die oberste Direction in der Hand behalten will, muß die ausführenden Personen wechseln können, und das kann er bei jedem Unternehmen, welches nur Einheit in der Leitung verlangt, aber große Vertheilung in der Ausführung zuläßt: wäre dagegen der Kapitalist an eine bestimmte Persönlichkeit gebunden, so müßte er auch dieser die Zügel überlassen d. h. bei der Commandite bleiben.

So hat also die Macht des Kapitals, wenn ihr die Commanditirung fremder Industrie nicht mehr zusagt, ihr natürliches Gegengewicht daran, daß sie das persönliche Element nie so vollständig besitzt, als die Einzelnindustrie. Der große Kapitalist kann mit seiner eigenen Thatkraft den Wirkungskreis nicht ausfüllen, der seinem Kapitalbesitz zukommt, wenn er denselben, statt ihn bloß zu verwalten, industriell productiv macht; er muß mit Angestellten arbeiten, die ihr eigenes Interesse dabei mitbringen und eben darum nie mit solcher Hingabe und mit solcher Anspannung aller geistigen und physischen Fähigkeiten für das Interesse des Kapitalunternehmers wirken, wie der einzeln stehende Industrielle für sein eigenes Interesse. Noch weniger kann er Schritt halten mit der raschen Beweglichkeit und steten Bereitschaft der Einzelnwirthschaft: er muß, um alle in seinem Dienst stehenden Kräfte in Einer Richtung und gleichmäßigem Gang zu erhalten, eine feste Ordnung, einen gewissen Geschäftsmechanismus einführen, während der isolirt für sich Arbeitende an kein Programm gebunden ist, jederzeit seinen Angriffsplan modifiziren und rasch sein Handeln jeder Eventualität anpassen kann. Soll daher die Absicht des Kapitalisten gelingen, so darf er sich nicht auf solche Geschäfte werfen, deren Gedeihen haupt-

sächlich von diesem persönlichen Element abhängt; er mag sich Unternehmungen wählen, in welchen das Kapital für sich eine so große Rolle spielt, daß eine auch noch so einsichtig und energisch geleitete Anstrengung des Einzelnen den Vorzug der größeren Kapitalkraft nicht auszugleichen vermag, in welchen eben darum eine strenge Regelmäßigkeit des Geschäftsganges möglich ist. — Wenn daher die französische Gesetzgebung und ebenso der neueste preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches die auf Actien gegründeten Commanditgesellschaften möglichst einzuschränken suchen, so hat dies Streben seine gute Berechtigung: die Actiensammlung ist in heutiger Zeit das übliche Mittel, um große Kapitalien zusammenzubringen, und wo sich das große Kapital in die Form der Commandite einzwängt, da gründet sie in der Regel sich nicht auf ein normales Bedürfniß, sondern die gewählte Form ist meist ein Werkzeug zu anderen Zwecken — namentlich zu Umgehung der staatlichen Genehmigung von Actiengesellschaften *). Ausnahmen gibt es aber allerdings: neue Erfindungen z. B., die durch ihren Urheber in großem Maßstab betrieben werden sollen, eignen sich ganz zu Bildung einer Actiengesellschaft, welcher der Erfinder als Principal oder selbstständiger Director vorsteht.

Wir brauchen an den soeben characterisirten Unternehmungen, deren Princip und Anlage es mit sich bringt, daß sie die engen Schranken der Commandite sprengen müssen, nur eine Seite zu modificiren, um uns in die Sphäre der Actiengesellschaft zu versetzen. Statt eines oder einiger wenigen großen Kapitalisten, welche die Unternehmung fundiren, lassen wir nur eine große Anzahl kleinerer Kapitalbesitzer, von denen jeder einen Antheil einzahlt, eintreten; der Character des Geschäfts, daß es nämlich in dem bezeichneten Sinne Kapitalunternehmung ist, bleibt sich gleich. Soviel ist alsdann klar, daß bezüglich der Verwaltung und productiven Thätigkeit das Verhältniß keine

*) Daher der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs art. 164 auch für Actiencommanditen die staatliche Genehmigung verlangt.
Anmerk. d. H.'s.

wesentliche Aenderung erleidet; die Directoren sowohl wie die eigentlich ausführenden Hände können nichts Mehreres sein, als Angestellte. Nicht so leicht gestaltet sich das Rechtsverhältniß hinsichtlich der Actionäre. Will man streng juristisch zu Werke gehen und von denjenigen Veränderungen, welche die ökonomischen Thatsachen in Rechtssätzen bewirken, nichts sehen und nichts hören, so erscheint einzig die Anschauungsweise der früheren englischen Gesetzgebung als gerechtfertigt: so gut als der Einzelne für Handlungen seines Angestellten einstehen muß, ebenso muß es auch eine Gesellschaft; die Handlungen des Beauftragten sind Handlungen des Auftraggebers. Die Actionäre sind eine industrielle Gesellschaft, handelnd durch angestellte Agenten: demgemäß müssen sie auch mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden solidarisch haften. Noch in neuester Zeit hat ein deutscher Schriftsteller und Professor der Staatswissenschaften, Tellkampf*), diese strenge Consequenz verfochten und die Aufhebung der unbeschränkten Haftbarkeit bei Actiengesellschaften eine der Gerechtigkeit widerstreitende Ausnahme genannt. Ein Anderer**) möchte die Haftbarkeit des Actionärs wenigstens auf den zwiefachen Betrag der Actie stellen, um mehr Vorsicht und Besonnenheit bei der Subscription von Actien zu erzeugen. Allein bei der Rechtsanschauung, wie sie gegenwärtig auf dem europäischen Continent herrschend geworden ist, würden derartige Maßregeln einem Verbot aller Actiengesellschaften gleichkommen. Die Erwerbung von Actien industrieller Etablissements ist heutzutage wesentlich eine Form der Kapitalanlegung; man sucht sie auf der Dividenden wegen, und nicht um eine Stimme in der Actionärversammlung und Einfluß auf das Unternehmen selbst zu erhalten. Von hundert Actiensubscribenten ist kaum Einer, der sich dadurch, ob die Statuten den Actionären größere oder geringere Competenzen zuweisen, ob und welches Stimmrecht sie ihm an der Actionärversammlung gewähren

*) Ueber die neuere Entwicklung des Bankwesens in Deutschland, S. 66 ff der 4. Aufl.

**) Schwebemeyer, das Actiengesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England, S. 86

u. dgl. bestimmen läßt; die Rücksichten, die wenigstens bei Privaten den Ausschlag geben, sind die Rentabilität und Solidität des Geschäfts, und nur allenfalls bei besonders wichtigen Fragen oder wenn ein Unglück über die Gesellschaft hereinbricht, machen die Tugenden oder Untugenden solcher Organisationsvorschriften sich allgemein fühlbar. Die Generalversammlungen der Actionäre sind denn auch meist spärlich besucht, ihre Beschlüsse fast nur eine im hergebrachten Geleise sich abwickelnde Formsache. Wollte man einem Actionär als Gegenleistung gegen diese so wenig beachteten und auch in Wahrheit nicht sehr wichtigen Befugnisse die volle persönliche Verantwortlichkeit auferlegen — er würde finden, Recht und Pflicht stünden in einem wahrhaft exorbitanten Mißverhältniß. Zwar mögen ihm seine Actien vielleicht reichliche Dividenden eintragen: aber dafür läuft er auch mehr Gefahr sein Kapital zu verlieren als bei anderen Geldanwendungen. Bleibt noch sein Stimmrecht an der allgemeinen Versammlung: aber ist es billig, daß ein einzelner Actionär, der gar nicht im Stande wäre, eine ausgedehnte Unternehmung nach allen Seiten im Auge zu behalten, um dieses Partikelchens von Stimme willen, welches er, unter Hunderten oder noch Mehreren ein Einziger, in die Wagschale zu werfen hat, für Alles, was geschieht und nicht geschieht, mit Hab und Gut einstehen muß? Es ließe sich dies noch vertheidigen, wenn der Actionär die Macht hätte sein eingeschossenes Kapital aus dem Unternehmen beliebig zurückzuziehen, und wenn die Versammlung der Actionäre die thatsächliche Gewalt in den Gesellschaftsangelegenheiten besäße. Allein Ersteres verbieten ihm die Statuten: er mag seine Actie verkaufen, aber zurückfordern was er in die Gesellschaftskasse bezahlt hat kann er nicht; und was die Actionärversammlung betrifft, so wäre diese gar nicht im Stande, die wirkliche Leitung des Unternehmens selbst an die Hand zu nehmen. Höchstens kann sie allgemeine Directionen erlassen, sich von Zeit zu Zeit überzeugen, ob das Unternehmen nicht von der ihm vorgesteckten Bahn abschweife — aber zu eigenem werkthätigem Eingreifen ist ein so zahlreicher und darum schwerfälliger Verein nicht geschickt und seine Aufsicht und Oberleitung kann nicht, wie diejenige des einzelnen Kapitalunterneh-

mers, eine stets aufmerksame und gegenwärtige sein. Man wird bei solchen Gesellschaftskörpern an die riesigen Teleskopen der neuesten Zeit erinnert: je gewaltiger die Dimensionen, um so mehr gewinnt das Instrument an Sehkraft, aber in noch rascher ansteigender Proportion ist dann auch die Schwierigkeit angewachsen, dem Instrument die zur Verfolgung des Kreislaufs der Gestirne nöthige Beweglichkeit zu verleihen. So auch hier: die Kapitalmacht wird durch Actiengesellschaften zu einer früher kaum geahnten Stärke emporgetrieben, aber in gleichem Maße entwächst es seiner Bestimmung, Grundlage und Gegenstand der individuellen Kraftentwicklung zu sein, und folgt seinen eigenen Zielen, statt der Absicht des Herrn, des einzelnen Besitzers, sich fügsam anzuschmiegen. Es ist in der That eine starke Zumuthung an einen Actionär: an ihm, dessen Werth für das Unternehmen nicht nach seinem persönlichen Können, Wissen oder Wollen, sondern nur nach dem Maaße seiner Actienbetheiligung geschätzt wird, die Eigenschaft des persönlich und auf eigene Verantwortung handelnden Subjects zu betonen und ihn deshalb demjenigen, der in practische Erwerbsthätigkeit seine ganze Kraft legt, statt dem Commanditisten, gleich welchem er die stoffliche Grundlage vermehrt, gleichzustellen. Hätten wir auch keine anderen Gründe zu unseren Gunsten anzuführen als dieses Gefühl einer argen Unbilligkeit, so würden wir, vor der öffentlichen Meinung wenigstens, schon damit die formalistische Consequenz eines auf seine Sätze von Auftrag und Stellvertretung versteiften Juristen aus dem Felde schlagen. Indeß verdient es wohl eine genauere Beleuchtung, weshalb die so ungezwungen aus dem Wesen der industriellen Gesellschaft fließenden Rechtsgrundsätze jenseits einer gewissen Grenze aus den Fugen zu gehen, hier zu eng, dort zu weit zu werden scheinen.

Die Triebfeder alles Strebens und Haschens nach Erwerb ist der menschliche Egoismus. Es fällt uns nicht ein, eine Art moralistischer Prüderie treiben und diesen Trieb, der die Basis einer sittlichen Pflicht, der persönlicher Selbstständigkeit, ist, aber allerdings wie alle Triebe zum Guten wie zum Schlimmen gewendet werden kann, als einen geradezu unmoralischen verurtheilen zu wollen. Aber ebensowenig mögen wir's leiden, wenn

man das Verfolgen ökonomischer Interessen mit dem heuchlerischen Schimmer der Aufopferung für Andere, für Vaterland und Menschheit umgibt. Erwerben heißt für sich erwerben und für das, was man durch sich selbst will werden lassen. Nicht alle menschlichen Verbindungen haben den Erwerb zum Gegenstand; Familie, Gemeinde, Staat beruhen auf einer den persönlichen Egoismus besiegenden und überdauernden sittlichen Nothwendigkeit, und ebenso sind in politischen, gemeinnützigen u. dgl. Vereinen sittliche Ideen das Band der Gemeinschaft. Die privatrechtliche Gesellschaft dagegen ist ausschließlich dem Erwerb gewidmet; sie setzt zwei im Grunde unvereinbare Dinge in Eins zusammen. Sie verlangt Gemeinsamkeit des Interesses im Erwerb, also in einem Kreise von Verrichtungen, in welchem die menschliche Natur das individuelle Interesse als bewegendes Princip aller Handlungen vorschreibt. Eine ihrem Wesen nach dauernde Gemeinschaft kann daher auch die privatrechtliche Gesellschaft nie sein, und nie sollte eine Gesetzgebung so weit gehen wie die französische, die Verbindlichkeit von Gesellschaften, die auf Lebenszeit der Theilnehmer, ja solcher, die unter der Clausel des Uebergangs auf die Erben abgeschlossen sind, zu sanctioniren — wozu um so weniger Veranlassung vorlag, als das römische Recht hier wie anderwärts die Freiheit der Person in ihrem Eigenthum mit aller Entschiedenheit gewahrt hat. Eine privatrechtliche Gesellschaft ist nur dann möglich, wenn sie das individuelle Interesse im Einklang erhält mit dem gemeinschaftlichen Zwecke, und dafür ist theilweise gesorgt durch den Rechtssatz, daß kein Theilnehmer vom Gewinne gänzlich ausgeschlossen werden dürfe. Allein nach unserer Begründung der industriellen Gesellschaft ist noch ein weiteres Erforderniß hinsichtlich der von jedem Genossen zu leistenden Thätigkeit hinzuzufügen: die Combination muß von der Art sein, daß jedem Einzelnen ein gewisses Maß freier Selbstbewegung und eigener Anordnung, eine Domäne der Individualität gelassen wird, und zwar so, daß je intensiver er seine individuellen Eigenthümlichkeiten auf diesem Wirkungskreise bethätigt, um so mehr auch der Gemeinschaft und damit ihm ein Nutzen erwachse. Wie schwierig solche Combinationen sind, lehrt die Erfahrung; oft genug nehmen

Geschäftsleute in ihre Gesellschaftsverträge Vorschriften auf, die eigentlich moralische Verpflichtungen enthalten und rechtlich nicht exequirbar sind: sittliche Motive sollen eben ersetzen, was die bloße Gemeinschaft pecuniärer Interessen nicht zu leisten vermag. So scharfsinnig auch die einzelnen Gebiete abgegrenzt und wieder in Einen Brennpunct vereinigt sein mögen, meist hängt doch das Gedeihen solcher Gesellschaften von persönlichem Tact der Einzelnen, von gegenseitiger Freundschaft u. dgl. —, Alles nicht rein rechtlichen Triebfedern, ab. Bei jeder Gesellschaft gibt es gewisse Puncte, welche nur in gemeinschaftlicher Berathung festgestellt werden können: je mehr solcher Fragen es gibt, um so schwieriger ist es, die Gesellschaft bei einander zu halten; wenn möglich sollte das Gemeinschaftliche auf solche Dinge beschränkt werden, bei welchen der Einzelne am häufigsten an die Unzulänglichkeit des eigenen Urtheils gemahnt und das Bedürfniß nach fremder Einsicht und Erfahrung geweckt wird. Daraus erklärt sich die Verbreitung der industriellen Gesellschaften im Handelsstande: der Eine besorgt die Einkäufe, ein Anderer den Absatz, ein Dritter verwaltet die Finanzen; beim Beginn einer wichtigen Unternehmung dagegen, deren Aussichten nach allen Seiten hin mit Ruhe und Klarheit gewürdigt sein wollen, fühlt ein Jeder die Wahrheit des homerischen Spruches, daß der Rathschlag von Zweien besser ist, als der von Einem. Besonnene Einsicht wiegt im Handel schwerer als schnelles Entschließen: diesem, der Waffe des einzeln stehenden Kaufmanns, mag hier und da ein großer Coup gelingen, aber jene sichert die nachhaltigen Erfolge, und einmal der Entschluß gefaßt, überbietet eine Handelsgesellschaft vermöge der Geschäftsvertheilung den isolirten Kaufmann an Raschheit und Ausführung. Wie weit nun die Vertheilung der einzelnen Arbeitszweige getrieben werden kann, das ist je nach der Natur der Unternehmung verschieden; nur darf nie die Gesellschaft so zahlreich werden, daß Mehrere auf demselben Gebiet arbeiten müssen, sonst potenzirt sich der Trieb zur Auflösung, der schon an sich in der Gemeinschaft liegt: es entsteht eine Gesellschaft, die eine Menge von Gesellschaften in sich faßt. Eine solche Organisation ist zu Erwerbszwecken geradezu untauglich: es ist keine normale Verbindung mehr, sondern

ein Zustand der Uebersättigung, in welchem die zusammengeworfenen Elemente sich nicht mehr mischen, sondern auswerfen. „Chi ha società, ha padrone“ sagt ein altes italienisches Sprüchwort: der Eine lähmt den Anderen und während sonst ein jeder Genosse vermöge der ihm innert gewisser Schranken gewährten Selbstständigkeit mit dem im gleichen Fache strebsamen Einzelnbetrieb concurriren konnte, überflügelt jetzt der Einzelnbetrieb den plumpen, vielköpfigen und thatlosen Mechanismus. Entweder müßte man die Zersplitterung so weit ausdehnen, daß alle Posten bis zum letzten Ausläufer herunter von Gesellschaftsgenossen versehen werden: dann verdienen sie nicht mehr den Namen Gesellschafter, aus einem Bestandtheil des Souveräns sind sie zu Commis geworden; oder aber man macht eine Anzahl „Untergesellschaften“ und überläßt Mehreren, was Einer verwalten sollte: dann ist der Gedanke, der jeder Gesellschaft inwohnt, auf den Kopf gestellt. Man bildet Gesellschaften, damit Mehrere in ihrer Vereinigung erreichen, was jeder einzeln nicht vermocht hätte; hier aber setzt man ein Collegium ein zu einer Thätigkeit, die der Einzelne ausfüllen kann, während ihrer Mehrere es nicht im Stande sind.

Allerdings hat also die industrielle Gesellschaft eine in ihrem Wesen begründete Grenze und wir finden an dieser Stelle auch den Anknüpfungspunkt mit der Commandite. Diese letztere genügt nicht für Kapitalunternehmungen und die industrielle Vergesellschaftung bietet alsdann keinen Ersatz, wenn die Kapitalunternehmung von einer bedeutenden Anzahl, statt von Einem oder einigen wenigen Kapitalisten ausgeht. Auf die Schärfe gesetzlicher Vorschriften läßt sich auch diese Grenze nicht bringen; wir billigen es daher nicht, wenn die englische Gesetzgebung unter mehr als 20 Personen eine Privaterwerbsgesellschaft gar nicht zuläßt, wenn schon in den seltensten Fällen diese Bestimmung als eine wirkliche Beschränkung legitimer Interessen empfunden werden dürfte. Man darf schon soviel Zutrauen zu dem gesunden Menschenverstand haben, um überzeugt zu sein, daß Gesellschaften nicht eingegangen werden, in welchen jeder Einzelne an Verpflichtungen einem Principal gleich, an Rechten wenig höher als ein gewöhnlicher Angestellter steht: wenigstens

dann wird es nicht geschehen, wenn die Gesetzgebung, wie dieß jetzt ja die englische ebenfalls gethan hat, den Weg offen läßt, vermittelst einer geringen Einbuße an Rechten, die noch überdies im Interesse des Betriebs liegt und somit die Hoffnungen eines jeden Einzelnen auf Gewinn steigert, das Maß der Verpflichtungen zu limitiren. Demungeachtet ist jene Beschränkung ein merkwürdiger Beweis des gesunden Taktes der englischen Gesetzgeber: keiner der continentalen Gesetzgeber hat eine Ahnung davon gehabt, daß eine große Theilnehmerzahl mit der Natur der gewöhnlichen Erwerbsgesellschaft unvereinbar sei, sonst ohne Zweifel hätten sie in einem Stücke, welches wie eine Polizeibeschränkung wenigstens aussah, sich von dem freien England nicht überholen lassen.

Was weder die Commandite noch auch die industrielle Gesellschaft bieten können, dazu eben ist die Actiengesellschaft berufen. Die Frage, welche unsere Gesetzgebung sich vorzulegen hat, ist die: will man die Vereinigung kleinerer Kapitalien zu großen Kapitalunternehmungen zulassen oder nicht; wenn ja, so müssen wir zum Institut der Actiengesellschaften greifen. Wir dürfen nicht erwarten, daß einzelne Kapitalisten je das ausführen würden, was Actiengesellschaften unternehmen: stünden ihnen auch die nämlichen Kapitalmittel zu Gebote — was gerade bei den wichtigsten Unternehmungen dieser Art nicht der Fall sein kann — so würden sie ein so außerordentliches Risiko nicht auf ihre Schultern laden und nicht ihre ganze Existenz auf Eine Karte setzen, während zugleich die große Ausdehnung des Betriebs es ihnen unmöglich macht, das Auge überall zu haben. Das aber kann vernünftiger Weise Niemand wünschen, daß solche Werke, wie sie durch Actiengesellschaften geschaffen werden, Werke, die von so ungemeinem Werth und Gewicht sind für Förderung des Nationalwohlstandes und Hebung der allgemeinen Wohlfahrt, unausgeführt bleiben. Die einzige Möglichkeit, den Actiengesellschaften zu entgehen, bestünde darin, daß der Staat die Aufgabe, welche sie vollziehen, über sich nähme. Allein zwischen diesen beiden Wegen ist die Wahl nicht schwer. Der Staat könnte nur durch Erhöhung der Steuern oder dann durch Aufnahme von Anleihen, deren Verzinsung auch wieder die Steuer-

kraft in Anspruch nimmt, all diesen Anforderungen genügen: er müßte zwangsweise und durch gleichmäßige Anstrengung aller Einzelnen die nöthigen Fonds beibringen für Unternehmungen, deren directer und handgreiflicher Nutzen doch nur einer beschränkten Anzahl seiner Bürger, einzelnen Klassen der Bevölkerung oder einzelnen Landesgegenden zu Gute käme. Solche Unternehmungen beweisen ihren praktischen Werth dadurch, daß sie durch sich selbst bestehen, d. h. einen dem Aufwand entsprechenden Ertrag abwerfen: das pekuniäre Interesse ist also eine unentbehrliche Seite, ein wesentliches Triebrad des Ganzen, der Staat aber, eben weil er nicht nur Kapitalbesitzer, sondern Staat ist, muß dem allgemeinen Interesse der Sache das fiscalische unterordnen. Freilich bestehen Meinungsdifferenzen darüber, ob einzelne Unternehmungen, die gewöhnlich in Besitz von Actiengesellschaften sind, wie z. B. Eisenbahnen, nicht vom Staate an die Hand genommen werden sollten, und wir gedenken nicht, diese speziellen Fragen hier zu discutiren; über das allgemeine Prinzip dagegen dürfte man heutzutage so ziemlich einverstanden sein, daß der Staat nicht ausschließlicher Träger der großen industriellen Betriebe sein, sondern dieselben den Privatunternehmern überlassen soll. Um so fruchtbarer ist man in Einwürfen anderer Art. Actiengesellschaften, sagt man, locken die kleinen Kapitalien an durch den Köder bedeutender Dividenden; sie verleiten dadurch den Einzelbetrieben Hülfsmittel zu entziehen, deren dieselben zu ihrem Gedeihen bedürften, und zu gleicher Zeit greifen sie die Einzelindustrie direkt an, indem sie vermittelst ihrer beträchtlichen Geldmittel dem Privaten die Concurrenz unmöglich machen. Allein es gibt keinen Kapitaltitel, der sich so leicht in Baar umsetzen ließe, wie die Actie, und die Verluste, die allenfalls dabei eintreten, sind im Allgemeinen nicht bedeutend und ebensowenig bilden sie die Regel; statt durch Entziehung von Kapitalien die Entwickelung der Einzelwirthschaft zu hemmen, ist die Actie vielmehr ein Mittel, kleinere Kapitalien, die nur für kurze Zeit entbehrt werden könnten, nutzbar anzulegen. Eine ungebührliche Erdrückung der Concurrenz durch Actiengesellschaften ist allerdings möglich — wenn auch nur momentan, denn wer aus der Geschichte des Handels weiß, wie leicht die durch

Gesetzgebung und Staatsgewalt geschirmten und von den Interessenten mit aller Zähigkeit verfochtenen Monopole von der Macht der freien Concurrenz gestürzt wurden, wird einem blos thatsächlichen Monopol nicht mehr Lebensfähigkeit zutrauen — aber die Natur der Actiengesellschaften weist ihnen nicht diesen Kampfplatz gegen die Selbstständigkeit der Einzelnen an, sondern stellt sie auf ein Gebiet, das brach liegen würde, wenn es die Privatindustrie zu bebauen hätte, oder wo wenigstens der Betrieb im Großen, wenn er auch zunächst die Zahl der in einem bestimmten Industriezweig thätigen Hände reducirt und Viele aus ihrem bisherigen Wirkungskreise herauswirft, doch für das große Ganze der Consumenten von unleugbaren Vortheilen begleitet ist. Die Ersparniß an Arbeitskraft bei gleicher Quantität und Qualität des Erzeugnisses ist unter allen Umständen eine Erhöhung des Nationalwohlstandes, denn sie zwingt die für den Augenblick ledig gelegte Kraft, in anderer Weise an der Production sich zu betheiligen. Ohnehin wird die ernste Spekulation bei der Gründung von Actiengesellschaften die Schranke gegenüber dem Einzelbetrieb sehr wohl einzuhalten wissen und nicht Geschäfte aufsuchen, welche der Natur der Sache nach nur durch Verknüpfung mit der individuellen Energie befruchtet werden können; die gewissenlose Spekulation dagegen, welche nur den ersten augenblicklichen Gewinn im Auge hat, um sofort, nachdem sie dieses Ziel errungen, das begonnene Werk seinem Schicksal zu überlassen, soll durch die Staatsbehörden und das diesen zustehende Genehmigungsrecht zurückgewiesen werden. — Ein anderer Einwurf gründet sich auf das Börsenspiel, zu welchem Actienunternehmungen veranlassen, auf die mannigfachen, oft hart ans Criminelle anstreifenden Kunstgriffe um die Actien in die Höhe zu treiben u. dgl. m. Allein um solche Mißbräuche zu verhindern, kann schon die Gesetzgebung sehr Vieles thun; zum Börsenspiel namentlich geben nicht nur Actien, sondern in gleicher Weise auch die Staatspapiere Anlaß. Jedenfalls ist es also ungerecht, diese Uebelstände den Actiengesellschaften einzig zur Last zu legen; soweit sich hier durch Maaßnahmen der Staatsgewalt abhelfen läßt, müssen dieselben den Handel, der mit leicht redirbaren Kapitaltiteln getrieben wird, treffen, sind also allge-

meinerer Natur, als ein Gesetz über Actiengesellschaften es mit sich bringt. — Endlich hebt man hervor die politische Corruption, welche von mächtigen Actiengesellschaften oft geübt worden ist: nicht nur direkte Bestechung von Beamten und Behörden, sondern noch mehr das Hereinziehen der politischen Gewalten in das Interesse der Geldmacht, das Anerbieten fürstlich besoldeter Stellen an politische Tagesgrößen u. dgl. wird ihnen Schuld gegeben. Ein eklatantes Beispiel dieser Art bietet, außer den bekannten Vorgängen in Frankreich unter der Regierung Louis Philipp's und des jetzigen Kaisers, die Geschichte Englands: im Jahr 1720 ließ sich der damalige Thronerbe öffentlich als Vorstand einer „Walliser Kupfergesellschaft“ auskünden; das Unternehmen, obwohl rein auf Schwindel berechnet, kam dadurch ungemein in Aufnahme, und als der Skandal endlich so arg wurde, daß man der Gesellschaft mit gerichtlicher Verfolgung drohte, zog sich der Thronfolger mit einem Gewinn von 40,000 Pfund Sterl. von der Gesellschaft zurück. Allein in Wahrheit ist die Einwirkung des Geldes auf die Politik so alt wie der Staat selbst; zu allen Zeiten ist der Reichthum seiner Macht sich bewußt gewesen und hat sie, bald mit besserem bald mit geringerem Glück, in die Waagschale der politischen Entscheidungen zu legen gesucht. Und in dieser Beziehung sind Actiengesellschaften nicht so gefährlich, als die Kapitalanhäufung in den Händen einzelner großer Financiers: die letzteren können im Geheimen sich die „goldene Brücke“ zum Herzen einzelner Mächtigen im Staate bauen, während Actiengesellschaften, die unter beständiger Controlle der Oeffentlichkeit und der Staatsbehörden stehen, deren Rechnungen durch ein von allen Winden zusammengeführtes Corps von Actionären, mit einer von einem Versammlungstage zum anderen ändernden Physiognomie geprüft werden, das Dunkel, dessen die Corruption bedarf, nicht wahren können. In analoger Weise hat dies eine Erfahrung in der modernen Finanzgeschichte bewiesen: zu welcher Zeit haben wohl die großen Banquiers mehr Einfluß auf die politischen Schicksale Europa's gehabt, heutzutage, wo selbst das stolze Oesterreich die Berufung an die Landeskraft, die Erhebung der Staatsanleihen auf dem demokratischen Wege freiwilliger Nationalsubskription nicht scheut, oder

vor Jahrzehnden, wo noch nach herkömmlicher Weise alle Staatsanleihen durch Bankhäuser negocirt wurden? Die Antwort dürfte kaum zweifelhaft sein. Das Nämliche gilt von Actiengesellschaften. Wie die Nationalsubscriptionen bezüglich des Staatskredits, so brechen jene hinsichtlich der großen Industrie die Herrschaft des großen Kapitals: sie überbieten den einzelnen Kapitalisten an Kapitalkraft, obwohl sie nur eine Geburt des kleinen Besitzes sind, sie vermindern zugleich die Gelegenheit zum Mißbrauch des angesammelten Kapitals, indem sie dasselbe auf eine durch die Statuten bestimmt vorgezeichnete Bahn verwenden und durch ihre Organisation, nämlich durch die Aufstellung abberufbarer Organe einerseits und durch die Controllirung derselben durch die Actionäre und Staatsbehörden andrerseits, möglichst viel Garantien gegen ein Abweichen von dieser Bahn verschaffen.

Ueberhaupt, was gegen die Actiengesellschaften einnimmt, ist der Verdacht, sie würden der verderblichen Gier, ohne eigene Anstrengung schnell reich zu werden, neuen Nahrungsstoff zuführen. Ganz ungegründet ist diese Befürchtung allerdings nicht. Aber ist es überhaupt möglich, dieses Jagen und Haschen nach Gewinn durch die Gesetzgebung einzudämmen? Wir brauchen nur an das Ueberhandnehmen des Lottospiels, an die Menge heimlicher Wucherer, die mit kleinen Geldvorschüssen exorbitante Zinsen erschleichen, an die Leichtigkeit, mit welcher sich jeweilen eine Menge Leichtgläubiger und durch Gewinnsucht Verblendeter durch jeden noch so handgreiflichen und plumpen Trug eines Charlatans fangen läßt u. dgl. zu erinnern, um das Gegentheil zu erweisen. Alle solche Dinge geschehen trotz der ausdrücklichsten Gesetzesverbote. Sie zu unterdrücken, wäre nur so möglich, daß man alle Freiheit der Bürger unter polizeiliche Vormundschaft stellen würde: führt man an einem Ort eine Barriere auf, so sucht sich die Gewinnsucht einen anderen Tummelplatz da, wo bisher gesetzliche Freiheit zur Ausübung eines Rechts, also zu Ge- und Mißbrauch desselben bestand; und man muß die Ungerechtigkeit, eine Befugniß, welche die große Mehrzahl in vernünftiger Weise sich zu Nutzen machte, ihr deßhalb abzuschneiden, weil Einige damit Unfug getrieben haben, immer weiter bis zu den ärgsten Absurditäten steigern, wenn man, bewaffnet mit dem

Schwert des Gesetzes, mit der vielgewandten Sünde Schritt halten will. Das beste Theil der Arbeit, solchen Uebelständen in der sittlichen Constitution eines Volkes wirksam entgegenzuwirken, muß die Gesetzgebung immerhin dem gesunden Geiste der Nation überlassen, sie kann nur auf indirekte Weise nachhelfen, aber nicht den Funken wieder anfachen, wenn er einmal erloschen ist. Wird also der Nachweis geleistet, daß unter gewissen Bedingungen eine Freiheit, die bisher nicht zugelassen war, durch die Gerechtigkeit gefordert sei, so darf durch die möglichen Gefahren von Mißbrauch der Gesetzgeber sich nicht abschrecken lassen: Recht und Gesetze sind nicht dazu da, irgend Jemanden zu positiv moralischen Handlungen anzuhalten; sie können nur das Gebiet abgrenzen, dessen der Einzelne bedarf um in freier Selbstbestimmung seiner sittlichen Aufgabe zu genügen. Wollten wir die Actiengesellschaften verbannen, weil sie leichtsinnige Spekulationen mit Actien zulassen, so müßten wir mit demselben Rechte, weil erwiesenermaßen die Zahl der unglücklichen Ehen nicht gering ist, wie in der platonischen Republik, von Staatswegen Jünglinge und Jungfrauen einander zur Ehe zutheilen, statt ihnen eine so bedenkliche Freiheit der Wahl zu lassen. — In der That wird aber jene Anklage gegen die Actiengesellschaften meist übertrieben. Die Spekulationen in Aktien setzen, um schwunghaft getrieben werden zu können, das Bestehen einer Börse voraus: nur eine Börse gewährt die hierzu nöthige Leichtigkeit des Umsatzes. Klage man also die Börse an statt der Actiengesellschaften, oder vielmehr, wenn man zugeben muß, daß nichtsbestoweniger an großen Centren des Verkehrs der Nutzen einer Börse deren Schattenseiten weit überwiegt, so schicke man sich in das Unvermeidliche und nehme neben dem vielen Guten auch das kleine Uebel mit in Kauf. Ueberdieß sind nur während einer gewissen Zeit die Actien Lockvögel für die Legion müssiger Spekulanten, die sich um eine Börse drängen, nämlich nur so lange, als das Unternehmen noch nicht vollständig im Betrieb ist und die Erfolge noch mehr oder weniger vom Zufall abhängen. Sobald einmal das Unternehmen in regelmäßigem Gang sich befindet und die thatsächlichen Ergebnisse des Betriebs eine feste Grundlage zu Berechnung des Gewinns liefern, gelangen die Actien

aus dem Börsenspiel in „feste Hände“ und sind fast nur noch den allgemeinen Schwankungen im Papier- und Metallwerth unterworfen. Die Gesetzgebung kann daher diesem Uebel schon ziemlich wirksam abhelfen, wenn sie noch nicht voll eingezahlte Actien nicht auf jeden Inhaber zu stellen gestattet; und solide Actiengesellschaften, die nicht darauf ausgehen, durch eine plötzliche Hausse den reservirten Actien der Gründer raschen und vortheilhaften Absatz zu verschaffen, unterstützen meist aus freien Stücken die auf Beschränkung jener Erstlingsspekulationen abzielenden Maßregeln der gesetzgebenden und administrativen Behörden. Bringt man vollends in Rechnung, welche großartigen Leistungen durch Actiengesellschaften möglich werden, in welch ausgedehntem Maaßstab sie neue Quellen des Verdienstes und der Produktion eröffnen, brachliegende Kapitalien zum Vortheil des Besitzers wie Anderer nutzbar machen — während sie zugleich nicht die Ansammlung einzelner ungeheurer Vermögen begünstigen, sondern den Ertrag sofort nach allen Seiten hin auf die kleineren Kanäle ableiten, somit den Nationalreichthum nicht nur erhöhen, sondern zugleich auch angemessen vertheilen, so kann, auch bloß von dem Gesichtspunkt der möglichen Vortheile und Nachtheile aus angesehen, die Entscheidung nur zu ihren Gunsten ausfallen. Keineswegs hegen wir dabei die sanguinische Hoffnung, daß, einmal gesetzlich gestattet, Actiengesellschaften wie Pilze emporschießen werden; wir sind einverstanden, wenn ein geistreicher Nationalökonom *) bemerkt: „Actiengesellschaften erscheinen nur da, wo schon ein Besitz an Kapitalien von dem Erwerb getrennt ist; sie entstehen nie, wo die Masse der Wirthschaften ihr eigenes Kapital noch für ihre eigenen Unternehmungen gebraucht; sie sind die Gemeinschaft des Ueberschusses der Kapitalien und damit ein Zeichen großer vorhergegangener Kapitalerwerbungen.“ Aber gerade diese Bedingungen scheinen uns thatsächlich vorhanden zu sein und die Actiengesellschaften zu einem wirklichen Bedürfniß der Gegenwart zu machen. Die Schweiz hat, ohne Nachhilfe durch Monopole und Schutzzölle und auf allen Seiten von Staaten umringt, welche den schweizerischen Produkten den Markt

*) L. Stein, System der Staatswissenschaft I. S. 408.

erschwerten oder unmöglich machten, eine der ersten, ja, wenn wir den belgischen Abgeordneten zu unserer letzten Industrieausstellung glauben wollen, die oberste Stufe unter den industriellen Nationen Europas erreicht: sie verdankt diese ehrenvolle Stelle wesentlich ihrer freien Verfassung, welche allen individuellen Impulsen den freiesten Lauf läßt, statt, wie anderwärts, die Lust zum freudigen Emporstreben und zum vollen Entfalten der individuellen Kräfte sorgsam unter polizeilichen Dämpfern zu ersticken. Die Folge davon ist, daß in der Schweiz der Mittelstand nicht nur zahlreicher, sondern auch im Durchschnitt weit wohlhabender ist, als in den meisten europäischen Staaten. Die „vorhergegangenen Kapitalerwerbungen," welche Stein fordert, liegen vor, und zwar in ziemlich hohem Betrag und — was Stein ebenfalls als Erforderniß hätte aufstellen sollen — in ziemlich gleichmäßiger Vertheilung. Wenn unsere Arbeitskraft bis dahin im Stande war, unter ungünstigen Verhältnissen sich vom Ausland zu emancipiren und mit Auszeichnung im Wettstreit mit anderen Völkern zu concurriren, so ist jetzt auch der rechte Moment gekommen, um unsere Kapitalkräfte zu selbstständigem Handeln zu sammeln und auch in dieser Hinsicht uns von ausländischen Geldmächten zu emancipiren. Und doch, wenn wir den Actiengesellschaften den Einlaß verwehren, so müssen wir eine Menge von Quellen des nationalen Wohlstandes versiegen lassen oder dann sie der Ausbeutung durch fremde Kapitalgesellschaften, die im Ausland ihren Sitz haben, unter ausländischer Gesetzgebung und Verwaltung stehen und dadurch unserer Controlle entrückt sind, oder wenigstens durch fremdes Kapital anheimstellen.

Allein folgt aus all dem, daß wir die Actiengesellschaft annehmen müssen telle quelle, daß namentlich die beschränkte Haftbarkeit ein unvermeidlicher Begleiter ihrer Einführung ist? — Wir bejahen diese Frage und sind allerdings der Ansicht, daß die Grundzüge dieses Rechtsinstituts als unmittelbares Postulat aus dem Charakter des ihr zugeschiedenen Gebietes sich ergeben, so daß die Gesetzgebung in so weit zu keiner Aenderung des anderwärts geltenden Rechts schreiten kann. Wir haben den Grund der Unvereinbarkeit einer zahlreichen Gliederzahl mit den

Voraussetzungen der industriellen Gesellschaft — als welche nach streng juristischem Formalismus die Actiengesellschaft gelten müßte — in dem bei einer solchen Ausdehnung unversöhnbar werdenden Gegensatz zwischen persönlichem Erwerbsstreben und Einheit des gemeinsamen Erwerbszwecks gefunden. Dieser Gegensatz wird nun allerdings durch die Actiengesellschaft gehoben — nur ist es mehr ein Durchhauen als ein Auflösen des Knotens. Die juristische Person hat ihr die Individuen überdauerndes Leben an ihrer Aufnahme in den politischen Organismus des Staates, der Staat selbst, sowie andere nicht-privatrechtliche Verbindungen an der sittlichen Idee, auf welche sie begründet sind — die einzige Möglichkeit, um einer Erwerbsgesellschaft gleiche Festigkeit zu verleihen, wie diesen künstlich geschaffenen Persönlichkeiten, besteht darin, dem Bestand und Betrieb des Unternehmens eine selbstständige Existenz zu sichern, in welcher es beharren bleibt, wenn auch die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft zurücktreten oder Anderen Platz machen. Wir bemerkten bereits bei Gelegenheit der Commandite, daß bei Kapitalunternehmungen ein gewisser Mechanismus der Verwaltung nöthig sei und daß der Kapitalist sich nicht an bestimmte Persönlichkeiten binden dürfe, sondern dem Unternehmen ungestörten Fortgang auch bei allfälligem Wechsel der Angestellten sichern müsse: ebenso selbstständig nun — dies ist der Gedanke der Actiengesellschaft — wie im angegebenen Falle dem Personal der Angestellten, soll das Unternehmen den Personen der Actionäre gegenüberstehen. Allerdings muß es von den Letzteren gegründet werden; jeder Actionär gibt durch Unterzeichnung einer Actie seine Einwilligung zu dem Gesellschaftsstatut, so wie es vorliegt: aber einmal angenommen ist dieses Statut nicht mehr blos eine willkürliche modificirbare Willenserklärung, sondern Gesetz sowohl für diejenigen, welche es erlassen haben, als für die Angestellten der Gesellschaft, denn an diesem Statut hat der gesellschaftliche Zweck seinen der individuellen Willkür enthobenen realen Bestand. Bei der industriellen Gesellschaft findet das Gegentheil statt: die Gemeinschaft des Zieles liegt bei ihr, wie oben ausgeführt wurde, in den rein ideellen und darum jeder äußeren Ge-

walt entzogenen Bestimmungsgründen der von den einzelnen Persönlichkeiten untrennbaren individuellen Thätigkeit, sie kann daher durch den Willen jedes einzelnen Genossen, wenigstens soweit es ihn betrifft, aufgelöst und der von ihm eingeschossene Antheil an Kapital oder sein Antheil am Gewinn aus dem gesellschaftlichen Nexus zurückgezogen werden: die Eigenthümlichkeit der Actiengesellschaft dagegen zeigt sich am schärfsten darin, daß sie keinem Actionär das Recht zugesteht, Dasjenige, was er einmal dem Unternehmen gewidmet oder zu widmen zugesagt hat, demselben nach Belieben wieder zu entziehen oder zu verweigern, ihm dagegen volle Freiheit läßt, seine Actie und die daran hängenden gesellschaftlichen Rechte und Pflichten an einen Anderen zu übertragen. Sie ruht nicht auf der Persönlichkeit, sondern auf dem Kapital der Actionäre; die erstere läßt sie ihre Wege ziehen, aber das letztere nimmt sie auf alle Dauer ihrer eigenen Existenz in Beschlag — sie zerstört also das Band des Zusammenhangs zwischen Persönlichkeit des Einzelnen und seinem Besitz und setzt sich selbst, das künstlich geschaffene Rechtssubjekt, an die Stelle von Jenem; den Widerspruch aber gegen die Freiheit des Eigenthums, dessen sie sich schuldig machen würde, wenn sie den Actionär zwänge in dieser vollständigen Unterwerfung eines Bestandtheils seines Eigens unter dem gesellschaftlichen Willen zu beharren, vermeidet sie durch die unbedingte Gestattung der Cession an Andere. Häufig kommt es zwar vor, daß die Statuten von Actiengesellschaften die Uebertragung von Actien beschränken: allein in der Regel geschieht dies doch nur, um bei noch nicht voll eingezahlten Actien sich der Personen zu versichern, an welche der Gesellschaftsfonds bezüglich der noch zu leistenden Einzahlungen sich halten könne, und wo die Beschränkung ausgedehnt wird auf vollständig liberirte Actien, sollte die Gesetzgebung es nicht zulassen. Denn der Ausschluß der unbeschränkten Einstandspflicht der Actionäre rechtfertigt sich daraus, daß die wesentliche Eigenschaft des industriellen Gesellschafters, nämlich die Leistung einer an die physische Person geknüpften Thätigkeit für die Gesellschaftszwecke, bei dem Actionär wegfällt; diese Thätigkeit kommt den handelnden Organen der Gesellschaft zu, während das persönliche Können und Wollen der Actionäre

nicht im Besitz der Gesellschaft und daher auch von keinem Werthe für sie ist. An ihre Stelle tritt die künstlich geschaffene Persönlichkeit des Unternehmens; daß die Actionäre für Schulden des Unternehmens nicht mit etwas Weiterem haften, als mit ihren Actien, würde also, mit Rücksicht auf die Genesis dieses Satzes, richtiger so ausgedrückt: das Unternehmen haftet für seine Schulden nur mit seinem Vermögen. Sobald man aber das individuelle Element in den Vordergrund stellt und die persönlichen Eigenschaften der Actionäre zu einem wesentlichen Faktor erhebt, wird damit das Dominiren der Sachperson unverträglich, das Motiv zur Trennung von Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Actionäre fällt dahin und man kehrt aus dem Kreise der Actiengesellschaft zurück auf den Standpunkt der industriellen Gesellschaft.

Wenn wir somit dem Unternehmen als solchem Persönlichkeit zugestehen müssen, so sagen wir damit noch nicht, daß es eine juristische Person sei. Freilich wenn man unter letzterer nichts Anderes versteht als ein künstliches Rechtssubjekt, welches „auf eigenen Namen Rechte und Verbindlichkeiten eingehen kann," so fällt die Actiengesellschaft unter diesen Begriff, und das preußische Gesetz über Actiengesellschaften vom 9. Nov. 1843 hat alsdann vollkommen Recht, die Actiengesellschaften geradezu juristische Personen zu nennen. Auch in unserem Kanton ist es bereits vorgekommen, daß Actiengesellschaften durch Beschluß der gesetzgebenden Behörde die Eigenschaft juristischer Personen zuerkannt wurde; allein wenn solche Maaßregeln ihre Rechtfertigung in dem Mangel von Gesetzen über die Actiengesellschaften und in der Schwierigkeit, einen anderen Ausweg zu öffnen, finden mögen, so halten wir sie doch prinzipiell für verwerflich. Schon jedes Miteigenthum schafft ein fingirtes Rechtssubjekt: es wurde bereits ausgeführt, daß das sog. Eigenthum an ideellen Theilen, welches man den Miteigenthümern zuschreibt, in Wahrheit kein Eigenthum ist, sondern das Eigenthum der von Mehreren besessenen Sache ihrem Gesammtwillen — also nicht einer physischen Person — zusteht. Will man deßhalb jede Gemeinschaft von Eigenthum, also auch jede industrielle Gesellschaft, die ein Gesellschaftsvermögen besitzt, als juristische Person betrachten?

Oder, um das praktische Interesse dieser Frage hervorzuheben, will man die Entstehung solcher Rechtsverhältnisse von einer Erlaubniß der Staatsgewalt abhängig machen? — Gewiß wird Niemand zu solchen Extremen rathen, aber um nicht durch die einfache Consequenz der Begriffe dazu genöthigt zu werden, muß man die Benennung juristische Person auf ein engeres Gebiet eingrenzen. Nach unserer Ansicht gebührt dieser Name nur den durch das öffentliche Recht geforderten Corporationen; es muß ein direktes Interesse des Staates in ihren zur Geltung kommen, sie sind m. a. W. die Gestalt, in welcher das öffentliche Recht seine in der Idee des Staates befaßten Potenzen im Privatrecht reflectirt. Daher das Erforderniß staatlicher Genehmigung zur Errichtung, daher die Unzulässigkeit eigenmächtiger Auflösung juristischer Personen — während die lediglich im Privatrecht wurzelnden künstlichen Rechtssubjekte weder dem Einen noch dem Anderen unterworfen sind, sondern ausschließlich von der Privatwillkür beherrscht werden. Was speziell die Actiengesellschaften anbetrifft, so wollen wir, um ihren Unterschied von den eigentlichen juristischen Personen nachzuweisen, uns gerade auf diejenige Gattung berufen, bei welcher es am ehesten zweifelhaft sein kann, ob sie nicht überhaupt von Staateswegen zu betreiben sei — auf die Eisenbahnen. Entscheidet man sich für den staatlichen Charakter des Eisenbahnbaues und= betriebs, so gehen Einnahmen und Ausgaben auf Rechnung des Staatsfiscus; der Staat macht daraus einen eigenen Verwaltungszweig oder ordnet ihn einer schon bestehenden Verwaltung unter; er gibt vielleicht Actien aus und gewährt diesen Antheil am allfälligen Gewinn — aber immerhin bleibt die Leitung des Ganzen in seiner Hand und das Privatkapital unterstützt ihn nur darin. Wählt man dagegen den Privatbau, so ist die Meinung eine andere: statt daß der Staatsfiscus die Garantie übernimmt, will er gerade jedes Risiko von sich abwälzen und auf die Schultern der Privaten abladen, die Eisenbahnen sollen, so lange sie noch im Werden sind an ihren Rentabilitätsaussichten und dem darauf basirten Kredit, sobald sie in wirklichen Betrieb kommen an ihrem Ertrag ihre eigene Subsistenz finden — durch die Concession, welche der Staat einer Eisenbahngesellschaft ertheilt, geht er

nicht irgend welche moralische oder rechtliche Verpflichtung ein für ihr Thun oder Lassen einstehen zu wollen, sondern er beabsichtigt nur, der Privatindustrie die zur Verwirklichung ihres Zweckes nöthigen Bedingungen einzuräumen und ihr zugleich diejenigen besonderen Beschränkungen und Verbindlichkeiten aufzuerlegen, welche der Zusammenhang ihres Unternehmens mit dem Staatsinteresse erheischt. Er kann damit eine Unterstützung der Gesellschaften, z. B. durch Garantirung eines bestimmten Zinses der Actien, verbinden, ohne darum das Fundament des Unternehmens, seine Beherrschung durch die Privatkraft, umzustoßen. Staatsbau einerseits und Ertheilung der Concession an eine Actiengesellschaft andrerseits sind also klare Ausdrücke des einen oder anderen Standpunkts, den man bezüglich der Eisenbahnen einzunehmen beschließt; aber Erhebung der Actiengesellschaft zur Würde einer juristischen Person wäre eine in sich widersprechende Maßregel. Die Triebfeder einer solchen Maßregel ist genau dieselbe wie bei der Concessionirung, nämlich Einsetzung der Privatthätigkeit in den Betrieb der Unternehmung; die Form dagegen, in der dies geschieht, hat vielmehr die Bedeutung, das Unternehmen als unmittelbare Forderung des Staatszweckes darzustellen. Praktisch ist dieser Unterschied von entscheidender Wichtigkeit. Eine Concession legt dem Staat bestimmte Pflichten auf gegenüber den Actionären, er ist durch dieselbe, so lange die Gesellschaft die Bedingungen einhält, gebunden wie durch einen Vertrag und kann nicht willkürlich die erworbenen Rechte der Gesellschaft modifiziren oder auslöschen — oder wenn er es thut, so ist es ein despotischer Gewaltakt, wie derjenige, durch welchen Napoleon im Jahr 1804 die Compagnie der „Négociants réunis" zum Bankerott zwang — aber eine juristische Person ist mit dem inneren Leben des Staates in Eins verwachsen, von dem, was den Staat bewegt und in ihm gährt, wird auch sie afficirt, sie muß sich gefallen lassen, daß Veränderungen in den Zeitumständen und politischen Verhältnissen, andere Ansichten über ihre Beziehungen zum staatlichen Interesse u. dgl. ihre ursprüngliche Constitution umgestalten und damit auch die betheiligten Privatinteressen antasten. In England z. B., wo die bedeutendsten Actiengesellschaften, wie Eisenbahnen, Banken, auch

die ostindische Compagnie, eigentliche Corporationen sind, nimmt man, trotz der sonst herrschenden Scheu durch staatliche Maßnahmen in Privatrechte einzugreifen, nicht den mindesten Anstand (ja man wirft dies Bedenken gar nicht auf), die Rechtsverhältnisse dieser Compagnien durch neue Gesetze zu reguliren, sobald dies der allgemeinen Wohlfahrt angemessen scheint. So wenig also dieses scheinbar einfachste System, Actiengesellschaften zu juristischen Personen zu stempeln, dem Staatsinteresse entspricht, indem es ihn zu dem nöthigt, was er gerade vermeiden oder wenigstens erst für den Fall, daß die Privatindustrie scheitert, sich zur Entschließung vorbehalten will, — ebensowenig sagt es der Privatthätigkeit selbst zu: statt der Freiheit, welche sie sucht, findet sie darin nur Bevormundung.

Aber einer Bevormundung anderer Art bleiben die Actionäre demungeachtet ausgesetzt, der Bevormundung durch die Gründer des Unternehmens. Die Letzteren wissen es oft genug so einzurichten, daß die Leitung der Sache in ihren Händen bleiben muß und daß ihr eigenes Sonderinteresse sorgsamer gewahrt ist, als dasjenige der Actionäre. Von ihnen werden die Statuten oder wenigstens ein die Grundzüge der Statuten enthaltendes Programm festgestellt; bevor dies geschehen ist, könnte eine Einladung zur Actiensubscription nicht erfolgen, und wenn es gelingt, die Actienbetheiligung dem Publikum als eine sehr vortheilhafte Kapitalanlage darzustellen, so finden die Einzeichnungen schwunghaft statt, ohne daß die Organisationsbestimmungen auch nur beachtet und discutirt werden. Einmal unterzeichnet, bringt aber die Actie die Verpflichtung mit sich, den aufgestellten Statuten sich zu unterziehen, und die Bestimmungen über die Wahl der Directoren, über die den Gründern reservirten Actien, über die Beschränkungen des Stimmrechts und der Antragstellunng bei den Actionärversammlungen, die sich in den Statuten finden mögen, können alsdann nicht mehr beliebig geändert werden, sondern bleiben wie alles Uebrige in Kraft bestehen. Fast möchte es scheinen, man treibe die Consequenz zu weit, wenn man trotzdem, daß notorisch die meisten Actienunternehmungen von dieser besonderen Rücksicht auf den Vortheil der Gründer angesteckt sind und gerade in dieser Richtung gewandte Geschäftsleute eine be-

sondere Geschicklichkeit entwickeln, die Actionäre als die eigentlichen Unternehmer und Träger des Ganzen ansieht. Allerdings liegt es auch, wir wir glauben, in der Pflicht der Staatsbehörden, bei Concessionirung einer Actiengesellschaft den berührten Punkt einer besonderen Aufmerksamkeit zu würdigen und nicht zu gestatten, daß man die Actionäre zu bloßen Zuschauern herabsetze; aber demungeachtet kann man den Actionär nicht wie ein unzurechnungsfähiges Geschöpf behandeln und eine besonders privilegirte Stellung für ihn daraus herleiten, daß er bei Unterzeichnung der Actie nicht mit dem nöthigen Bedacht gehandelt, nur den wahrscheinlichen Gewinn und nicht auch die übrigen Seiten der Sache ins Auge gefaßt habe. Wenn die Statuten seine Interessen zu wenig wahren und ihm den Weg zu Geltendmachung derselben abschneiden, so ist er ein Opfer seiner selbst, und kann den Staat deßhalb nicht anklagen. Ueberhaupt übernimmt der letztere durch die Ertheilung der Concession nicht die mindeste Garantie dafür, daß der Actionär nicht zu Schaden kommen könne, oder gar dafür, daß er dabei seine Rechnung finden werde. Zwar hat die Untersuchung der Staatsbehörden auch darauf sich zu erstrecken, ob das projectirte Unternehmen von Nutzen sein werde — aber es handelt sich dabei um den für das Publikum resultirenden Vortheil. Eine andere Frage als diese wird dem Staat durch das Nachwerben um die Concession nicht vorgelegt. Die Unternehmer verlangen Anerkennung ihres Gedankens als eines zu selbstständiger Existenz im Staate berechtigten, aber sie wollen ihm demungeachtetet den Charakter einer Privatunternehmung unbenommen wissen; sie wollen nicht eine juristische Person bilden, sondern ganz auf eigenen Füßen stehen; sie behaupten: der Nutzen unseres Unternehmens für Andere ist so bedeutend, daß das Entgelt, welches man uns dafür entrichtet, die Kosten deckt und noch überdies einen Gewinn abträgt, es kann also ohne fremde Nachhilfe, sei es vom Staate sei es von anderer Seite sich selbst erhalten und ein Leben für sich führen. Der Staat kann sich vollständig zufrieden geben, wenn die Actiengesellschaft diesen behaupteten Vortheil für das Allgemeine bietet; er wird die Concession verweigern, wenn der Zweck der Gesellschaft der Art ist, daß zwar die Actionäre dabei sich be-

reichern, im allgemeinen volkswirthschaftlichen Interesse dagegen nichts Ersprießliches geleistet wird — denn das, daß die Kassen der Einen leer, die der Anderen voll werden, ist nicht eine Idee, die auf eine selbstständige Berechtigung im Staate Anspruch erheben könnte — aber ob der aus dem allgemeinen Nutzen und dessen Verwerthung fließende Ertrag die Erwartungen der Actionäre befriedigt, das zu prüfen muß er, bei einer auf das Privatrecht und auf das Privatinteresse gegründeten Thätigkeit, der eigenen Einsicht der Privaten überlassen.

Gewisse Cardinalpunkte hinsichtlich der Stellung der Actionäre und Gesellschaftsbeamten ergeben sich allerdings schon aus dem Wesen der Actiengesellschaft; aber es sind allgemeine Gesichtspunkte, und es ist nicht möglich, etwa ein Musterstatut für alle Actiengesellschaften aufzustellen und sie alle unter diese Schablone zu bringen. Die Scala des Mehr oder Weniger ist in dieser Hinsicht sehr erheblichen Variationen unterworfen, und der Staat kann seine Fürsorge für die Actionäre nicht weiter ausdehnen, als auf die Frage, ob sie durch die Statuten in einer der allgemeinen Natur der Actiengesellschaft widerstreitenden Weise behandelt werden. Wenn sie z. B. in der That nur die Schatten der Gründer und nachherigen Directoren sind und jeder Bewegung dieser letzteren sich anschließen müssen, so ist es keine Actiengesellschaft mehr, sondern eine Commandite, kein Unternehmen des Kapitals, sondern eine Ausbeutung desselben. Bei der Actiengesellschaft ist die eigentliche productive Thätigkeit nothwendig geschieden von der Sorge für die Ausrüstung dieser Thätigkeit mit den zu ihrem Lauf erforderlichen Bedingungen und für die Zurückführung ihrer Ergebnisse in das Privatinteresse der Kapitalbetheiligten: jene kommt angestellten Geschäftsführern, diese den Actionären zu. Die Letzteren sind Anfang und Ende, die Ersteren die ebenso nothwendige Mitte, und gerade darin, daß Anfang und Ende des Ganzen auf Seite des beabsichtigten Privatvortheils fallen, prägt sich am Entschiedensten der Unterschied der Actiengesellschaft von der juristischen Person und ihre wesentlich privatrechtliche Natur aus. Die Statuten gehen aus von den Actionären und werden von jedem Einzelnen angenommen; jede Aenderung der Statuten muß durch die Actionäre geneh-

migt werden; ihnen kommt die Wahl und Entlassung der angestellten Directoren zu; vor den Actionären haben diese sich auszuweisen über die Art, wie sie dem ihnen zu Theil gewordenen Mandat nachgekommen sind, und Rechnung zu legen über die Verwendung des ihnen anvertrauten Gesellschaftsfonds; jede Modification in den finanziellen Grundlagen, jede Anweisung neuer Kapitalmittel wie z. B. die Emittirung von neuen Actien, die Aufnahme von Anleihen u. dgl. muß von den Actionären gutgeheißen sein; die Vertheilung des Gewinnes endlich erfolgt auf Beschluß der Actionäre hin. Aber zur eigentlichen gesellschaftlichen Arbeit sind die Actionäre untüchtig — wären sie es, so müßten sie statt einer Actiengesellschaft eine gewöhnliche industrielle Gesellschaft constituiren. Die Actiengesellschaft kann nur durch stellvertretende Organe nach Außen hin als selbstständig handelndes und für einen bestimmten Erwerbszweck thätiges Subject auftreten; die hauptsächlichsten Bedingungen ihres Bestandes sind: fremde Thätigkeit im Dienste des Kapitals, und ein für Actionäre wie für die Angestellten Gesetz ausmachendes Statut. Die von den Actionären ernannten Directoren sind daher auch nicht in der gleichen Lage, wie die Angestellten eines auf eigene Rechnung speculirenden Kapitalisten. Dieser Letztere kann sein Mandat beliebig abändern oder widerrufen, die Abhängigkeit des Angestellten von seinem Willen beliebig ausdehnen oder einschränken. Bei der Actiengesellschaft dagegen beruht die Verwaltung durch Geschäftsführer auf einer in der Constitution der Gesellschaft enthaltenen Nothwendigkeit; sie gründen ihr Recht zur Verwaltung selbstständig auf die Statuten, und stehen deshalb auch weit unabhängiger den Actionären gegenüber. Es ist also allerdings eine durchaus einseitige Anschauungsweise, die Actionäre als Auftraggeber, die handelnden Organe als Beauftragte anzusehen, und daraus einen Grund für die unbeschränkte Haftbarkeit der Actionäre herzuleiten; zwischen Beiden steht vielmehr noch eine Mittelsperson, nämlich das künstliche Rechtssubject des Unternehmens: aus dessen in den Gesellschaftsstatuten niedergelegtem und vom Staate anerkanntem Bestand schöpfen die Directoren zwar nicht ihre Bestallung, aber den Auftrag zu den mit ihrer Bestallung verbundenen gesellschaftlichen Befugnissen. In

diese Competenzen sich einzumischen, den Verwaltern zu gebieten, wo die Statuten verbieten, ihnen Unterlassungen zu befehlen, wo die Statuten Pflichten vorschreiben — dazu ist auch die Actionärversammlung nicht berechtigt, und wenn sie sich das Recht dazu nähme, so dürften die Directoren den Schutz des Staates gegen solche Uebergriffe beanspruchen. Aber nur die Stellvertretung überhaupt, nicht aber die Stellvertretung durch diese oder jene Person, wird erfordert. Ja, wäre die Gesellschaft an irgend eine Persönlichkeit gebunden, so würde sie statt ein eigenes Rechtssubject vorzustellen durch die Persönlichkeit ihres Vertreters völlig gedeckt. Unerläßlich ist daher die Forderung, daß die Gesellschaft nur abberufbare Beamten habe; die Möglichkeit eines Wechsels darf nie ausgeschlossen sein — womit natürlich nicht gesagt sein soll, daß jederzeit und ohne weitere Motivirung ein Angestellter müsse entlassen werden können. Im Gegentheil wird eine Actiengesellschaft, wenn sie nicht die in ihrer Natur begründete Inferiorität gegenüber der Einzelwirthschaft noch potenziren will, immer besser thun, ihren Beamten eine möglichst gesicherte Stellung einzuräumen und sie dadurch bleibend an das Unternehmen zu fesseln — nur darf sie unter keinen Umständen mit gebundenen Händen sich einem Einzelnen oder einem Collegium überliefern.

Näher, als eine andere Eigenthums- oder Erwerbsgemeinschaft, rückt nun allerdings die Actiengesellschaft der juristischen Person dadurch, daß für sie eine Genehmigung der Staatsbehörden verlangt wird. Von den Gründen, welche uns veranlassen, im Gegensatz zu dem System der englischen Acte von 1856, an der Administrativconcession des Bestimmtesten festzuhalten, gibt die ganze bisherige Entwicklung Rechenschaft. Durchgängig mußten wir uns überzeugen, daß die Voraussetzungen, welche das Wesen der Actiengesellschaft bestimmen, nicht in rein rechtlichen Begriffen sich fixiren lassen, sondern auf den Combinationen der öconomischen Thatsachen beruhen. Ob im gegebenen Falle diese Thatsachen in dem bereits nachgewiesenen Causalnexus mit den characteristischen Eigenschaften der Actiengesellschaft stehen — das zu entscheiden ist nicht Sache des Gesetzes, sondern der Entscheidung der Administrativbehörde. Nur der Einwand

möchte noch zu beleuchten sein: daß richtiger als irgend eine Regierung die Interessenten selbst über die Nothwendigkeit einer Actiengesellschaft zu urtheilen wüßten. Wir erinnern dagegen, daß allerdings kein Interessent an irgend einer Gesellschaft den Vortheil der beschränkten Haftbarkeit übersehen kann, wohl aber der Staat alle Ursache hat, zu verhüten, daß nicht die einzelne Persönlichkeit nach Belieben ihrer Verantwortlichkeit sich entziehe. Das Recept dazu wäre, wenn die Actiengesellschaft keiner staatlichen Genehmigung unterworfen wäre, einfach: die Unternehmer constituiren sich als Actiengesellschaft, vertheilen die Actien unter sich und übertragen, als Actionärversammlung zusammentretend, Einzelnen unter ihnen die Vertretung nach Außen, indem sie im Uebrigen die Verrichtungen ganz so vertheilen, wie bei einem gewöhnlichen Compagniegeschäft. Der Gläubiger, der von Actiengesellschaft nichts bemerkte, wird bei einem allfälligen Bankerott zu seinem Schrecken gewahr, daß er es nicht mit den Personen, sondern mit einem fingirten Rechtssubject zu thun hatte. Ueberhaupt sind Freiheit und Verantwortlichkeit correlate Begriffe; stünde es in der Willkür jedes Einzelnen diese Wechselbeziehung zu zerstören, so wäre damit die Grundlage des Staates selbst in Frage gestellt: sein Bestand beruht auf dem nämlichen Gedanken, er kann, ohne zur bloßen Zwangsanstalt zu werden, den Bürgern Pflichten und Lasten auflegen, weil in ihrer Freiheit seine eigene Existenz ihren Ursprung und ihr Leben hat. Wenn es in seiner Pflicht ist, sittlichen Anforderungen nie zuwider zu handeln, so darf er nicht zugeben, daß ein, abstract genommen, aller Sittlichkeit zuwiderlaufender Grundsatz, nämlich die Lösung des Zusammenhanges zwischen Person und Handlung, ohne seine Einwilligung als Rechtssatz auftrete und unter Berufung auf diese Eigenschaft Anerkennung durch alle übrigen Glieder der Staatsgesellschaft in Anspruch nehme. In rechtlichen Beziehungen zu Anderen eines Vorzugs, der nur unter gewissen im Gesetz nicht formulirbaren Bedingungen als ein Recht gefordert werden kann, nach Willkür und Belieben theilhaftig zu werden, so daß der Entscheid, ob dieser Vortheil im Recht sich gründe oder nicht, dem Einzelnen überlassen bliebe — hieße Willkür über Recht setzen. Abgesehen hiervon, fassen Actiengesellschaften den Men-

schen an einer Seite, wo Jeder empfänglich ist, weil ihm keine Pflichten, sondern nur Genüsse in Aussicht gestellt werden, an der Neigung zu pecuniärem Gewinn. Sie können dadurch zu einer gewaltigen Macht, zu einem wahren Staat im Staate anwachsen, während zugleich einzig das materielle Interesse die Seele des Ganzen ist. Diese neue, aus sich selbst geborene Gewalt des großen Kapitals will als eigene Potenz im Staate anerkannt sein; es will ebenso wie der Staat eine objective Einheit des Gedankens begründen, welcher gegenüber das einzelne Individuum nur Glied nicht Herr sein soll — Grund genug für den Staat, sich zu fragen, ob eine solche nicht durch die persönliche Verantwortlichkeit, nicht durch die willkürliche Auflösbarkeit im Schach gehaltene Macht, welche den materiellen Menschen an sich fesselt, vereinbar sei mit seiner, auf die Gemeinschaft der sittlichen Ideen gegründeten Existenz. Vortheile und Nachtheile der Actiengesellschaften lassen sich in den Einen Punkt: Beseitigung der Concurrenz, zusammenfassen, und an dieser Frage hängen eben auch politische Interessen. Die Selbstständigkeit des Bürgers bedingt die Selbstständigkeit des Staates; gelänge es dem großen Kapital je, die freie Concurrenz vollständig zu beseitigen, und alle Selbstthätigkeit des Einzelnen unter seine Patronage zu bringen, so kann der Staat von der Bühne abtreten und das bereits thatsächlich in andere Hände übergegangene Regiment abgeben. Keineswegs aber soll man der Actiengesellschaft schon dann Thür und Thor verrammeln, wenn es sich voraussehen läßt, daß sie eine unter dem Regime freier Concurrenz bis dahin bestandene Privatindustrie erdrücken werde: freie Concurrenz ist nicht für sich allein schon der Stein der Weisen, sondern trägt auch ihre bedeutenden Mängel und Schwächen an sich. Wo die Actiengesellschaft auf normalen Grundlagen fußt, ist sie gerade zu Hebung dieser Mängel berufen, und daher kommt es — worauf wir schon in der Einleitung hindeuteten — daß die Actiengesellschaften meist auf Monopole oder monopolartige Zweige sich werfen. Ihr besonderer Vortheil besteht alsdann darin, daß sie der Pfuscherei im Kleinen mit ihrer Verschwendung an Arbeitskraft, an Intelligenz, an Betriebs- und Verwaltungskosten ein Ende machen. Ob nun im einzelnen Falle die Einwirkung der

Actiengesellschaft auf die Privatindustrie vom Uebel sei und unter welchen Bedingungen das Wohl des Ganzen mit ihrer Einführung zusammenbestehen könne — darauf läßt sich eine prinzipielle Antwort nicht geben, sondern die Entscheidung muß aus den Umständen des concreten Falles entlehnt werden. Aber der Staat darf bei Actiengesellschaften, bei welchen das Risiko auf eine Menge von Interessenten sich vertheilt und der kecke Speculationsgeist — „l'initiative de la hardiesse," wie Herr Pereire sagt — nicht durch die Bedenklichkeiten des einzelnen Kapitalisten im Zaume gehalten wird, das Recht, daß ihm diese Entscheidung zukomme, nicht aus der Hand geben; am wenigsten darf es ein kleiner Binnenstaat, der mit Gewährung von Freiheiten so wenig kargt, wie der Kanton Bern: denn auf allen Seiten von Staaten umgeben, welche für Actiengesellschaften staatliche Concession verlangen, würde er, dieses Schutzmittels beraubt, zu einer Zufluchtsstätte für alle Schwindelgesellschaften, die in den Nachbarstaaten am Widerstand der Behörden Schiffbruch gelitten haben.

---

# XV.

## Verhandlungen der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, die Ergänzung der allgemeinen Deutschen Wechselordnung und den Erlaß eines gemeinschaftlichen Gesetzes über kaufmännische Anweisungen betreffend *).

Mitgetheilt

vom

Herausgeber.

Die Deutsche Bundesversammlung hat durch Beschluß vom 19. Februar 1857 die zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs zusammentretende Conferenz beauftragt:

I. Zu erörtern, in welcher Weise die in den einzelnen Deutschen Bundesstaaten zur Ausführung des Art. 2 der D. W. O. getroffenen gesetzlichen Bestimmungen wegen Beschränkung der Wechselhaft, unter strenger Festhaltung des im Art. 2 ausgesprochenen Princips der Rücksichtnahme auf Gründe des öffentlichen Rechts, so wie unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Interesses des Verkehrs, in Uebereinstimmung zu bringen seien.

---

*) Die Protocolle dieser Verhandlungen, aus denen ich die nachstehenden Mittheilungen entnehme, sind Nürnberg 1858 fol. LXXXIII. S. als Manuscript gedruckt, und den Conferenzmitgliedern, wie den Regierungen zugestellt worden.

II. In Berathung zu ziehen, wie die Lösung der bezüglich der Wechselordnung entstandenen Controversen:

1) über die Berechnung der Frist zur Erhebung des Protestes Mangels Zahlung;

2) über die Wirkung der die Acceptabilität der Wechsel beschränkenden Clauseln; und

3) über die Wirkung eines Zinsversprechens in Wechseln, besonders in eigenen; sowie

4) anderer Controversen, deren Beseitigung die Conferenz im Interesse des Verkehrs noch für wünschenswerth erachten sollte, herbeizuführen sein dürfte; und das Ergebniß ihrer Verhandlungen der Bundesversammlung zu weiterer, einleitender Verhandlung vorzulegen.

Demgemäß veranlaßte das Präsidium die einzelnen Conferenzmitglieder, ihre Regierungen um Mittheilung der in den einzelnen Ländern von den Obergerichten über die in dem Bundesbeschluß berührten, oder etwa außerdem noch streitigen Fragen der Wechselordnung erlassenen Erkenntnisse sammt Entscheidungsgründen zu ersuchen.

Zugleich wurde eine Commission mit Sichtung und Vorbereitung dieses sehr umfänglichen Materials für die allgemeine Berathung beauftragt, und zu Mitgliedern derselben die früheren Abgeordneten zur Leipziger Conferenz: Geh. Oberjustizrath Dr. Bischoff (inzwischen verstorben), Professor Dr. Thöl, Präsident Vollpracht, Präses Dr. Halle, Staatsminister a. D. Georgi und Oberstudiendirector Dr. Breidenbach (inzwischen verstorben); außerdem die Herren Präsident Ritter Dr. v. Raule, Kanzler Dr. v. Gerber, Appellationsgerichtsdirector Dr. Seuffert, Senator Dr. Müller, Geh. Oberjustizrath Dr. Heimsoeth, Appellationsrath Dr. Tauchnitz gewählt und der letztgedachte zum Berichterstatter der Commission ernannt.

In den Sitzungen der Conferenz vom 1. 2. und 3. März 1858 — welche folgende 15 Mitglieder derselben, unter dem Vorsitz ihres ersten Präsidenten, des königl. Bayerischen Staatsministers der Justiz Dr. von Ringelmann beiwohnten:

1) Von Seiten der k. k. Oesterreichischen Regierung: der Sectionsrath im Handelsministerium Dr. Schindler.

2) Von Seiten der k. Preußischen Regierung: der Geheime Oberjustizrath und Senatspräsident am Appellationsgericht in Cöln Dr. Heimsoeth.

3) Von Seiten der k. Bayerischen Regierung: der Appellationsgerichtsdirector Dr. Seuffert und der Kaufmann und Handelsgerichtsassessor Julius Kirchdörffer aus Nürnberg.

4) Von Seiten der k. Sächsischen Regierung: der Appellationsgerichtsrath Dr. Tauchnitz aus Leipzig.

5) Von Seiten der k. Hannoverschen Regierung: der Prof. Dr. Thöl aus Göttingen.

6) Von Seiten der k. Würtembergischen Regierung: der Universitätskanzler und Professor Dr. von Gerber aus Tübingen.

7) Von Seiten der großh. Badischen Regierung: der Ministerialrath Ammann aus Karlsruhe.

8) Von Seiten der kurfürstl. Hessischen Regierung: der Obergerichtsrath Schuppius aus Cassel.

9) Von Seiten der Regierungen des Großherzogthums Sachsen-Weimar, der Herzogthümer Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg und Sachsen-Coburg und Gotha und des Herzogthums Anhalt-Dessau: der Professor Dr. von Hahn aus Jena.

10) Von Seiten der herz. Braunschweig'schen Regierung: der Obergerichtsrath Dr. Trieps aus Wolfenbüttel.

11) Von Seiten der großh. Mecklenburg-Schwerin'schen Regierung: der Syndicus Dr. Mann aus Rostock.

12) Von Seiten der freien Stadt Frankfurt: der Senator Dr. Müller aus Frankfurt.

13) Von Seiten der freien Hansestadt Bremen: der Senator und Handelsgerichtsdirector Dr. Heineken aus Bremen.

14) Von Seiten der freien Hansestadt Hamburg: Dr. Trummer aus Hamburg —

wurden die Vorschläge der Commission discutirt und die nachstehenden Anträge angenommen:

**I. Zur Herbeiführung der in dem Bundesbeschlusse vom 19. Februar 1857 gedachten Uebereinstimmung — abgesehen von den in den Verfassungsgesetzen einzelner Staaten in Betreff der Schuldhaft gegen die Mitglieder der Ständeversammlungen enthaltenen Vorschriften, —**

1) Die Wechselhaft, unbeschadet der in einzelnen Staaten bestehenden **noch geringeren** Beschränkungen, **nur** *) auszuschließen:

a) „Gegen Offiziere und Soldaten, Auditeure und Militärärzte, so lange sie sich im activen Dienst befinden."

Der Commissionsvorschlag enthielt in Betreff der Auditeure und Militärärzte keine Ausnahme, dieselbe wurde erst in der Conferenzberathung hinzugefügt, und zwar, bei Stimmengleichheit, durch die entscheidende Stimme des Präsidenten. Die weiteren Anträge, sämmtliche Militärbeamte, die pensionirten Offiziere, überhaupt alle unter Militärgerichtsbarkeit stehenden Personen auszuschließen, wurden mit großer Mehrheit abgelehnt. (Prot. S. XVII. LXVI—LXIX.)

b) „Gegen Schiffer und Schiffsvolk, wenn das Schiff segelfertig liegt."

Einstimmig angenommen, weil im Interesse des Handels unumgänglich, und in den meisten Staaten uralten Rechtens. Der weiter gehende Antrag, die Wechselhaft gegen das Schiffsvolk auch für die Zeit von der Anmusterung bis zur Segelfer-

*) Die Conferenz ging von der Ansicht aus, daß ihre Anträge die äußerste Grenze bezeichnen sollten, bis zu welcher Beschränkungen der Wechselhaft zulässig erschienen, so daß die einzelnen Staaten zwar befugt wären, geringere, nicht aber umfassendere Beschränkungen einzuführen. (Prot. S. XVII. XXII. LXVI.)

tigkeit des Schiffes für die während dieses Zeitraums eingegangenen Wechselschulden auszuschließen, wurde mit 11 gegen 3 Stimmen abgelehnt. (Prot. S. XVII. LXIX. LXX.)

c) „wenn zu dem Vermögen des Schuldners der Concurs eröffnet, oder der Schuldner zur Güterabtretung zugelassen worden ist, wegen der früher entstandenen Forderungen."

Eine Beschränkung, welche bereits in den Einführungsgesetzen von 16 Staaten Aufnahme gefunden hat, und gegen die dissentirende Stimme Eines Mitgliedes von der Conferenz adoptirt worden ist. (Prot. S. XVIII. XIX. LXX. LXXI.)

d) „wenn der Schuldarrest, ohne Rücksicht auf die Höhe der Schuld, wenigstens 1 Jahr hindurch vollstreckt worden ist, wegen der früheren Forderungen desjenigen Gläubigers, welcher den Arrest beantragt hat, sofern derselbe nicht nachweist, daß dem Schuldner Befriedigungsmittel zu Gebote stehen."

Mit 11 gegen 3 Stimmen angenommen. Die Zeit der Wechselhaft varirt, nach dem bestehenden Recht der Deutschen Einzelstaaten, zwischen 1 und 5 Jahren; in mehreren Staaten ist sie verschieden nach der Höhe der Schuld. Auch sonst finden sich wichtige Differenzen, welche durch die vorstehende Bestimmung zweckmäßig erledigt werden. (Prot. S. XVIII. LXXI.) —

Außerdem hatte die Commission folgende nach den Gesetzen der Einzelstaaten in verschiedener Ausdehnung geltenden Beschränkungen und Ausschließungen der Wechselhaft in Erwägung gezogen: gegen Beamte; gegen Geistliche; gegen die Betriebsleiter eines Pulverwerks; gegen Personen, welche das 70. Lebensjahr angetreten haben; gegen Ehegatten; verwandte und verschwägerte Personen; gegen beide Ehegatten zu gleicher Zeit; wegen geringer Forderungen. Nach dem Vorschlage der Commission hat die Conferenz alle diese Beschränkungen verworfen; etwaige Ausnahmen in Betreff der Kammer- und Ständemitglieder glaubte man den Verfassungsgesetzen der Einzelstaaten überlassen zu müssen. (Prot. S. XIX — XXI. LXXI — LXXIV.)

2) „Zwar die Vorschriften, welche das Verfahren bei Vollstreckung der Wechselhaft regeln, den Prozeßgesetzgebungen zu überlassen, jedoch dem Wechselgläubiger allgemein zu gestatten, neben der Execution gegen die Person seines Schuldners gleichzeitig die Execution in dessen Vermögen zu suchen."

Ergibt sich schon aus dem bestehenden Recht, ist indessen zweckmäßig hinzugefügt, um die in mehreren Staaten bestehenden Vorschriften, nach welchen die Wechselhaft nur electiv oder subsidiär stattfindet, zu beseitigen. (Prot. S. XXII. XXIII. LXXIV.)

II. Zum Behuf der Erledigung der entstandenen Controversen, folgende Ergänzungen der allgemeinen Deutschen W. O.:

1) Als Zusatz zu dem ersten Absatz des art. 18:
„Eine entgegenstehende Uebereinkunft hat keine
„wechselrechtliche Wirkung."

Einstimmig angenommen, zur Beseitigung der Clauseln, durch welche man die Wirksamkeit des Augsburger Accepts vertragsmäßig aufrechtzuhalten versucht hat*). Die Commission führt aus, daß, nach dem Wortlaut des art. 18 und nach dem Inhalt der Leipziger Conferenzprotocolle, dergleichen Clauseln als nicht geschrieben zu erachten seien. Der Vorschlag, wenigstens dem Indossanten eine Beschränkung seiner Gewährleistungspflicht durch derartige Zusätze zu gestatten, wurde abgelehnt. (Prot. S. XXVII—XXXI. LXXIV. LXXV.)

2) In art. 7 nach den Worten: „eines Wechsels (art. 4) fehlt" einzuschalten:
„oder in welchem ein Zinsversprechen enthal-
„ten ist."

Die Majorität der Commission hat sich für die Gültigkeit

*) Z. B. „gegen diesen 14 Tage vor Verfall acceptablen Wechsel."

sowohl des Wechsels, als des in demselben enthaltenen Zinsversprechens erklärt, sofern nur die Höhe der Zinsen, und die Zeit, auf welche sie versprochen, aus dem Wechsel hervorgingen. Denn vor Emanation der D. W. O. seien eigene Wechsel mit Zinsversprechen vollkommen gültig gewesen, und das bestehende Deutsche Gewohnheitsrecht sei durch die W. O. nicht in allen Stücken, sondern, nach der erkennbaren Absicht der Leipziger Conferenz, nur so weit beseitigt, als es derselben widerstreite; innerhalb der angenommenen Grenze läge aber ein solcher Widerstreit in keiner Weise vor. (Prot. S. XXXII. — XXXIX.)

Dagegen suchte der Referent in der Conferenzberathung durchzuführen, daß die Majorität der Leipziger Conferenz auch eigene Wechsel mit Zinsversprechen nicht als wahre Wechsel habe gelten lassen wollen, und trug darauf an, deren vollkommene Ungültigkeit auszusprechen.

In gleichem Sinne wurde von anderer Seite bemerkt, daß der Wechsel ein absolutes Zahlungsversprechen enthalte, und daß ein Zinsversprechen mit diesem Character desselben in Widerspruch stehe, weil es auf eine bestimmte causa debendi: ein Darlehns- oder sonstiges Creditverhältniß hinweise. Auch ändere sich der Betrag der Zinsen durch den Zeitabfluß, die Wechselsumme sei also keine bestimmte, weil sie sich nicht gleich bleibe. Endlich würden practische Schwierigkeiten entstehen, weil in jedem Falle sich die Frage erheben könnte, ob ein unzulässiger Zinswucher vorliege, deren Beantwortung wiederum von manchen anderen Verhältnissen, z. B. ob der Wechselschuldner Handelsmann sei, abhängig erschiene.

Gegen die mittlere, in der Praxis am meisten verbreitete Ansicht, welche zwar das Zinsversprechen für wechselmäßig ungültig erklärt, den sonstigen Inhalt des Wechsels aber aufrecht erhält, machte man geltend, daß es dem Zwecke der Ausstellung zuwiderlaufe, zwei Wechsel anzunehmen, von denen der eine auf die Hauptsumme gültig, der zweite auf die Zinsen ungültig sei.

Bei der Abstimmung wurde der Antrag des Referenten

mit 8 gegen 6 Stimmen angenommen. (Prot. S. LXXV—LXXVII) *).

3) In art. 4 nach den Worten „die Zahlungszeit kann" einzuschalten:

„für die gesammte Geldsumme nur eine und „dieselbe sein, und"

Mit dreizehn gegen eine Stimme angenommen. Dadurch sind die Ratenwechsel für unwirksam erklärt. Hauptgründe: Die cassatorische Clausel bei Ratenwechseln sei selbstverständlich ungültig, weil es an einer bestimmten Zahlungszeit fehle. Aber auch die mehreren Verfalltage für die einzelnen Raten widersprächen dem Wesen des Wechsels als eines negociablen Papiers, und würden namentlich den Regreß unmöglich machen, da die nach art. 54 der D. W. O. erforderliche Auslieferung des Wechsels an den Regreßpflichtigen hier fortfalle. (Prot S. XL. XLI. LXXVIII. LXXIX.)

4) Im letzten Absatz des art. 29 statt der Worte „von dem Acceptanten Sicherheitsbestellung zu fordern, und wenn solche nicht zu erhalten ist, Protest erheben zu lassen," zu setzen:

„wenn die Sicherheit von dem Acceptanten „nicht geleistet wird, deshalb Protest erheben „zu lassen."

Ohne Debatte mit 12 gegen 2 Stimmen angenommen. Damit ist gegen die herrschende, aber ungegründete **) Ansicht

---

*) Unseres Erachtens hätte man besser an dem Antrag der Commission festgehalten, zumal das praktische Hauptbedenken sich durch die, mindestens für den Handelsverkehr, zu erwartende Beseitigung der Wuchergesetze erledigen dürfte. Der Natur des Wechsels als absoluten Zahlungsversprechens widerstrebt das Zinsversprechen nicht, wenngleich dasselbe allerdings auf ein Creditverhältniß hinweist, da jedes Wechselgeschäft ein Creditgeschäft, pecunia credita im weitern Sinne, ist.

**) Vgl. Voigt im Neuen Archiv für das Handelsrecht I. Nr. 8, und unten sub, „Rechtssprüche" Nr. 46.

6) Der Bezogene ist zur Ausstreichung seines noch nicht ausgehändigten Accepts nicht befugt; jedoch entzieht die Durchstreichung dem Accept seine wechselrechtliche Wirkung und steht darum denjenigen, welche durch die Ausstreichung benachtheiligt worden sind, nur eine Civilklage auf Ausstellung eines neuen Accepts zu *). (Prot. S. XLV. XLVI.)

7) Unter dem Ausdruck „8 Tage" (nach Sicht, a dato) ist eine Frist von 8 Tagen, nicht von einer Woche (7 Tagen) zu verstehen. (Prot. S. XLVIII.)

8) Der Zahlungspflichtige ist nicht berechtigt, die Aechtheit der Indossamente zu prüfen (D. W. O. art. 36. 37); jedoch hat derselbe eine Einrede gegen die Wechselklage, sofern den Kläger beim Erwerb des Wechsels durch ein unächtes Indossament der Vorwurf des dolus oder der lata culpa trifft: argum. D. W. O. art. 74. (Prot. S. XLIX. L.)

9) Die Grundsätze, welche für die Prüfung der Aechtheit der Indossamente gelten, finden auch auf die Prüfung der Legitimation desjenigen Anwendung, welcher ein Indossament per procura gezeichnet hat **). (Prot. S. L. LI.)

10) Die im art. 41 für die Regreßnahme vorgeschriebenen Solennitäten sind auch dann zu erfüllen, wenn der Acceptant vor der Verfallzeit im Concurs gerathen ist. (Prot. S. LI. LII.)

11) Zur Erhaltung des Wechselregresses bei domicilirten Wechseln gegen den Acceptanten (oder Aussteller des eigenen Wechsels) bedarf es der Protesterhebung am Zahlungsorte nur dann, wenn eine von dem Wechselgläubiger und dem Acceptanten (oder Aussteller des eigenen Wechsels) verschiedene Person als domicilirt benannt ist. (Prot. S. LII. LIII.)

12) Ein bei dem Aussteller und Remittenten selbst zu dem Ende domicilirter Wechsel (an eigene Ordre), damit der Bezogene

---

*) Gegen diese, namentlich von Wächter im Archiv f. Wechselrecht VI. S. 41 ff. verfochtene, auch von mir getheilte Ansicht vgl. Brauer in dieser Zeitschrift I S 25 ff.; dafür wiederum Wächter ebenda I. S. 546.

**) Vgl. namentlich Motive zum Preuß. Entw. S. LVI ff.

bei diesem die Zahlung leiste **), bedarf zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten keiner Protesterhebung bei dem Domiciliaten (Prot. S. LIII.)

13) Der Inhaber eines domicilirten Wechsels kann sich den nachtheiligen Folgen der zur Verfallzeit unterlassenen Präsentation und Protesterhebung nicht durch den Beweis entziehen, daß zu dieser Zeit der Wechsel verloren gegangen und sogar das Amortisationsverfahren eingeleitet war. Er hat für die Vorlegung einer Abschrift zu sorgen. (Prot. S. LIII. LIV.)

14) Der Wechselinhaber, welcher Protest mangels Zahlung erhoben, jedoch keinen Regreß genommen hat, ist nicht befugt von dem Acceptanten (oder von dem Aussteller eines eigenen Wechsels) eine Provision zu fordern, weil die Provision lediglich als ein Ersatz für die Bemühung der Regreßnahme erscheint: D. W. O. art. 50. 51. 81; es genügt weder die bloße Protesterhebung **), noch ist andererseits die Einlösung des Wechsels ***) erforderlich. War die Provision auf dem Wege des Regresses nicht zu erlangen, so kann sie auch von dem Acceptanten beansprucht werden. Daher kann der Trassant, gegen welchen regredirt worden, von dem Acceptanten nicht eine eigene Provision fordern. (Prot. S. LIV—LVI.)

15) Auch vom Acceptanten (sowie vom Aussteller des eigenen Wechsels) darf der Wechselgläubiger 6% Verzugszinsen vom Verfalltage fordern, sofern nur der Wechsel zur Verfallzeit präsentirt worden, sollten auch im Wechsel geringere Zinsen stipulirt sein. D. W. O. art. 50. 81. (Prot. S. LVI.)

16) Die Verjährung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten beginnt bei Sichtwechseln zwei Jahre nach der

---

*) Berlin den 15. Juli 1857.

Sechs Monate nach dato zahlen Sie gegen diesen meinen Solawechsel an meine Ordre die Summe von 100 Thaler Preuß. Crt.

Johann Friedrich.

Herrn Cornelius Hasenkamp in Krefeld;

zahlbar in Berlin bei Herrn Johann Friedrich.

**) So ein Urtheil des Obertribunals zu Stuttgart.

***) So Brauer Wechselordnung S. 187 ff. u. Renaud §. 80. Note 11.

Ausstellung, nicht erst mit der späteren Präsentation zur Zahlung. D. W. O. art. 31. 77. (Prot. S. LVI. LVII).

17) Die Frist des art. 79 läuft für den Honoraten nicht vom Tage der Ehrenzahlung, sondern erst von dem Zeitpunkte an, wo ihm die Kunde von der erfolgten Ehrenzahlung nach Vorschrift des art. 45 zugekommen ist: weil der Ehrenzahler nicht als Mandatar des Honoraten erscheint. (Prot. S. LVII.)

18) Der Einwand, daß zur Zeit, wo die Acceptation oder eine andere verbindliche Erklärung auf den Wechsel gesetzt wurde, die Unterschrift des Ausstellers oder eines der übrigen im art. 4 aufgezählten wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels noch gemangelt habe, und dieser erst später ausgefüllt worden sei, ist dem dritten redlichen Besitzer des Wechsels gegenüber unzulässig; gegen diejenigen, welche an der nachträglichen Ausfüllung selbst Theil genommen haben, ist er nur dann statthaft, wenn erwiesen wird, daß mit der noch unausgefüllten Urkunde durch eine unbefugte oder der getroffenen Abrede zuwiderlaufende Ausfüllung ein rechtswidriger Gebrauch gemacht worden ist *). (Prot. S. LVII. LVIII.)

19) Die Einrede der Simulation ist im Wechselprozesse zulässig, sofern sie dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den Wechselkläger zusteht. (Prot. S. LVIII. LIX.)

20) Die Einrede nicht gezahlter Valuta dagegen unter gleicher Voraussetzung nur dann, wenn noch anderweitige Umstände hinzutreten, welche die Verbindlichkeit des Klägers zur Zahlung der Valuta ergeben. Hiefür also ist die erweisliche causa debendi des Wechselversprechens maßgebend. (Prot. S. LVIII. LX.)

In dieser Weise ist durch eine Commission vorzüglich berufener und ausgezeichneter Theoretiker und Praktiker eine Reihe wichtiger Fragen geprüft, und, wenn auch nicht durchweg erledigt, doch ihrer endlichen Lösung näher gebracht, die Hoffnung auf eine Erhaltung und Weiterbildung unseres gemeinsamen Deutschen Wechselrechts wesentlich gefördert.

---

*) So die Oesterreichische Verordnung vom 6. October 1858. Vgl. auch Borchardt im Archiv f. Wechselr. III. S. 393 ff.

Außerdem war derselben Commission ein in der 97. Sitzung der Nürnberger Conferenz eingebrachter Antrag, die Aufnahme von Bestimmungen über kaufmännische Anweisungen in das Handelsgesetzbuch betreffend, zur Begutachtung überwiesen worden. Sie hat beantragt, es bei dem bestehenden Zustand zu belassen, weil die Gründe, welche die Leipziger Conferenz bewogen hatten, der Partikulargesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen über Zulässigkeit und Bedeutung der Anweisungen anheimzugeben, noch gegenwärtig maaßgebend seien; weil es ferner unmöglich erscheine, den sehr verschiedenartigen lokalen Bedürfnissen zu entsprechen; und weil eine gleichmäßige Regelung bei diesen meist nur für einen kleineren Bezirk bestimmten Papieren nicht gerade nothwendig sei. (Prot. S. LXII. LXIII).

Die Conferenz ist dieser Auffassung mit 12 gegen 2 Stimmen beigetreten, nachdem die Gründe für und wider in umständlicher Debatte erörtert, und namentlich hervorgehoben worden war, daß dem gemeinsamen Bedürfniß durch die Bestimmungen abgeholfen sei, welche man in das Handelsgesetzbuch bezüglich der Indossirung kaufmännischer Anweisungen aufgenommen habe *), indem dieselben voraussichtlich eine genügende Grundlage zur Ausbildung eines gemeinsamen Rechts über kaufmännische Anweisungen enthielten. (Prot. S. LXXX).

*) Vgl. den Entwurf zweiter Lesung art. 284. 285. 287. 280, welche sich auch auf die Acceptation und das Erlöschen der Anweisung erstrecken.

# XVI.

## Nachträge, Berichtigungen und Inhaltsübersicht zu Abhandlung V. IX. und XI.

Zur Vervollständigung und zur Berichtigung einzelner störender Druckfehler erlaube ich mir noch die folgenden Bemerkungen:

S. 67, Note 1 lies „Motive" statt „Motiv".

S. 68, Zeile 8 von unten l. „geschichtlich dogmatische" st. „geschichtliche".

S. 71 letzte Zeile des Textes l. „Quellen" st. „Quelle".

S. 72, Note 9, Z. 9 l. „tractatus de jure sensuum" st. „— de jur. —".

S. 73, Note 18, Z. 8 l. „XVIII. 6. §. 19" st. „— §. 29".

Zu S. 79, Note 9: Vgl. jedoch das Urtheil der Juristenfacultät zu Greifswald (Windscheid) vom 1. November 1856 in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Bd. 5. S. 9.

Zu S. 83. Aus dem Ausdruck dominus für den Verkäufer in dem Catonischen Verkaufsformular läßt sich nichts für die Suspensivbedingung herleiten. Denn Eigenthümer ist der Verkäufer auch beim resolutivbedingten Kauf, so lange die Waare nicht tradirt ist, oder dafür gilt. Beides ist bei der degustatio nicht der Fall. Vgl. §. 14. Der Abnahmetermin ist in dem Catonischen Formular selbst hinausgerückt: degustare und accipere fallen in verschiedene Zeiträume.

S. 86, Z. 13 l. „den" st. „dem".

S. 88, Note 22 l. „Chambon" st. „Chamibon".

Zu S. 89, Note 24: Vgl. auch Urtheil des Oberappellationsgerichts zu München. Nr. 1397. 54/55. (Blätter für Rechtsanwendung in Baiern. Bd. XXII. S. 40).

Zu S. 91 a. E. vgl. das Französische Decret vom 15. December 1813: portant règlement sur le commerce des vins à Paris. art. 13. 19. 20. 25.

S. 93, Note 34, Z. 3 l. „herrschende" st. „herrschend".

S. 94, Z. 5 l. „eine" st. „ein".

S. 94, Note 37, Z. 2 l. „Vorkaufsberechtigte" st. „Verkaufsberechtigte",

Zu S. 99: Wie Vangerow und Unterholzner schon Lauterbach Colleg. theor. pract. XVIII. 6. §. 26.

Zu S. 109. Man hat mir eingewendet, daß in dem mehrfach erwähnten Catonischen Formular ein Gattungskauf vorkomme. Dort ist jedoch folgender Fall gedacht. Es ist Wein gekauft aus bestimmten dolia. Da nun die dolia bekanntlich nicht als mitverkauft gelten, sondern in dem Keller eingegraben bleiben, so muß der Wein in Schläuche (culei, zu 20 amphorae) umgefüllt werden. Dabei mochte wohl erklärt sein, wieviel culeos jedes dolium halte. Bei der Umfüllung soll nun der Verkäufer

etwas Uebermaaß gewähren, nämlich auf jeden culeus statt der gesetzlichen 40 halben amphorae (urnae) 41.

Zu S. 110: Die Verfasser der Basiliken sind gerade hier eine gewichtige Autorität, weil sie den Römischen Verkehrsverhältnissen so sehr viel näher standen, als wir.

Zu S. 110, Note 70. Vgl. noch Brünner Schöffenbuch (14. Jahrh.) 286 (Rößler Deutsche Rechtsdenkmäler III. S. 131). Cod. Maximil. Bavaricus Th. IV. cap. 4. §. 5 u. Anmerk. ad h. l. Vgl. oben §. 8, Note 9.

Zu S. 116. Die donatio ante nuptias gehört freilich nicht hieher, da sie als ein ob rem datum nicht nach der Theorie der resolutivbedingten Verträge behandelt werden kann. Daß dies aber auch von der lex commissoria und der in diem addictio gelte, hat Gerber (Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. Jena 1858) schwerlich dargethan.

Zu S. 117, Note 16. Ueber diese sehr streitige Frage vgl. namentlich das Urtheil der Juristenfakultät zu Greifswald (Windscheid) v. 1. November 1856 (Blätter für Rechtspfl. in Thüringen 1858. Nr. 1. Bd. 5. S. 1—13), wo die gesammte Litteratur angeführt ist. Die Juristenfakultät entscheidet sich, aus nicht überzeugenden Gründen, für die entgegengesetzte Theorie.

S. 118, Z. 11 ist zwischen „den" und „Ausdruck" einzuschalten: „an die Römischen Quellenausdrücke sich anschließenden".

S. 127, Note 43 l. „Mommsen Beiträge II." nicht „III.".

Zu Note 44. Auch Treitschke S. 82.

Zu S. 266 ff. Auf der hier gerügten unklaren Auffassung beruht das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Dresden v. Jahre 1852 in S. Schlegel c. Schramm (Kletke Präjudizien Nr. 910). Es lag ein Handel nach Belieben vor, also ein gültiger Vertrag, sofern das Referat bei Kletke richtig ist.

Der nach dem Druck der beiden ersten Theile dieser Abhandlung erschienene Aufsatz von Dr. Ph. Hirsch, Advokaten zu Hamburg (vgl. §. 48. Note 14), hat wesentlich den Zweck, die Hamburgische Praxis, namentlich bezüglich der Clauseln „auf Besicht" und „auf Nachstechen" mitzutheilen. Auf das Römische Recht wird nur insoweit eingegangen, als erforderlich erschien, um dessen Uebereinstimmung mit den angeblichen (vgl. §. 49) Grundsätzen der Hamburgischen Praxis darzulegen. Der Verfasser sucht gegen Cropp auszuführen, daß die emtio ad gustum der Römer ein resolutivbedingtes Geschäft gewesen sei: da er auf die Quellen nicht näher eingegangen ist, so läßt sich ihm daraus kein Vorwurf machen, daß er in der Römischen degustatio ein dem Kauf auf Besicht entsprechendes Institut sah. L. 1. pr. D. de P. et C. (18, 6) wird, nach dem Vorgang Vangerow's, von einer degustatio ohne willkührliches Rücktrittsrecht verstanden. (Vgl. oben §. 12). Ein seltsamer Widerspruch ist es, bei dieser Ansicht die Worte der l. 1. pr. cit.: „videlicet quasi tuus plenissime veneat quum fuerit degustatum"

dahin zu verstehen, daß zwar der Vertrag bindend, aber doch der Gefahrs-übergang noch suspendirt sei — als ob beim resolutivbedingten Handel die Gefahr nicht sogleich überginge! Der rechtfertigende Zusatz „doch hat noch Niemand (!) behauptet, erst durch das Zumessen werde ein Kauf verbindlich, bis dahin sei er noch suspensivbedingt" ist in doppelter Beziehung irrig. Denn zwischen „verbindlich" (bindend) und suspensivbedingt besteht gar kein Gegensatz, sondern nur zwischen unbedingt (oder resolutivbedingt) und bedingt; sodann geht gerade die gemeine, allerdings unrichtige, Meinung dahin, daß ein Kauf ad mensuram zu den bedingten Käufen gehöre (vergl. oben §. 7). In l. 34. §. 5. D. de C. E. u. l. 4. pr. de P. et O. sieht der Verfasser mit Recht Zeugnisse für die Resolutivbedingung; auch entscheidet er sich dafür, daß im Zweifel überhaupt für die Resolutivbedingung zu präsumiren sei. Ganz übereilt ist die Bemerkung S. 159: „Unvollständig ist allerdings der Kauf auf Besicht, aber bindend für beide Parteien." Denn ein resolutivbedingter Kauf kann doch nur darin unvollständig sein, daß ein Theil nicht gebunden ist, und dieser ist hier der Käufer, der es in seiner Macht hat, den Vertrag aufzulösen. Gegen die Annahme einer mora beim suspensivbedingten Kauf führt der Verfasser, außer dem Argumente v. Vangerow's, zum Theil dieselben praktischen Gründe an, welche wir oben S. 120 geltend gemacht haben. Die irrigen Ansichten des Verfassers über die Gefahrstragung sind bereits §. 49. Note 16 widerlegt. Erfreulich ist mir die völlige Uebereinstimmung unserer Ansichten in Betreff der Zeit der Erklärung (vergl. Hirsch S. 170 mit §. 11 und §. 20 dieser Abhandlung), wie überhaupt der praktische Takt, von welchem, ungeachtet mannigfacher Mißgriffe, die vorbesprochenen Erörterungen zeugen.

Sehr unglücklich ist die Darstellung in Heise's Vorträgen 1814—1817 (Heise's Handelsrecht. Frankfurt 1858). S. 32. „Wenn Waaren auf Probe gekauft sind, d. h. so, daß dem Käufer erst noch eine Probe geliefert wurde (?), und die Gültigkeit des Handels davon abhängen soll, ob er damit zufrieden ist, so geht die Gefahr nie vor der Billigung über."

Nachzutragen ist aus der Litteratur noch: Molitor Les obligations en droit Romain (Gand 1852) t. II. Nr. 429—434. Derselbe unterscheidet den Kauf auf Probe (vente à l'essai, ad comprobationem) von dem Kauf ad gustum. Den ersten erachtet er für bald suspensiv-, bald resolutivbedingt, nach der Absicht der Betheiligten; der zweite, die Römische degustatio, sei resolutivbedingt, daher den Käufer die Gefahr des Untergangs treffe. Die Clausel werde auch hier nicht subintelligirt. Auch bei dem Kauf ad gustum liege eine Potestativbedingung zu Gunsten des Käufers vor, daher sich derselbe beliebig lossagen könne. Die Zeit der Prüfung stehe im Zweifel im Belieben des Käufers, sofern ihn der Verkäufer nicht auffordere — lasse der Käufer auch diese Frist vorübergehen, so gelte der Kauf als aufgelöst. Der Kauf ad visum sei wie der Kauf auf Probe zu beurtheilen.

# Inhaltsübersicht.

---

# Rechtssprüche.

## VII. Commissionsvertrag.

### 29.

### Kauf oder Commissionsgeschäft? Weigerung des Commissionärs del credere den Namen des dritten Käufers zu nennen. Widerruf des ausgeführten Mandats.

Die Handlung K. und W. in Köln hatte von dem Spediteur P. in Halle Auftrag zum Verkauf von 200 Malter Roggen. In Ausführung dieser Ordre meldete sie ihm brieflich den 19. September 1854, sie habe von den 2000 Maltern einstweilen nur 1000 Malter zu 6 Thlr. $17^1/_2$ Sgr. für Rechnung seines Hauses begeben, und übersendete den Schlußschein zur Vollziehung, der in der Hauptstelle lautet, wie folgt:

> „Wir kauften von Ihnen heute unter nachstehenden Bedingungen 1000 Kölner Malter guten lieferbaren Roggen zu dem Preis von $6^7/_{12}$ Thlr. Preuß. Courant unter Vergütung unserer Commission für An- und Verkauf, und 1 Sgr. Courtage pro Malter beim Verkauf."

Den 20. und 21. September zeigten K. und W. an, daß es ihnen gelungen sei, die noch übrigen 850 und 150 Malter zu 6 Thlr. $18^1/_2$ Sgr. zu verkaufen. Die Schlußscheine über beide Verkäufe wurden ebenso wie der erste abgefaßt. Die Lieferung sollte im März 1855 erfolgen.

Da ungeachtet erfolgter Aufforderung im März die Lieferung nicht erfolgte, belangten K. u. W. die Handlung P., welche in Köln bei D. u. Comp. daselbst Domicil genommen hatte, bei dem Handelsgericht zu Köln, mit dem Antrag, die geschlossenen Käufe für aufgelöst zu erklären, und Beklagte zur Zahlung von 3150 Thlr. 8 Sgr. 9 Pf. Schadensersatz zu verurtheilen, welchem Antrag gemäß auch in allen drei Instanzen übereinstimmend erkannt wurde.

Kläger hatte principaliter, nach dem Inhalt der Schlußscheine, seinen Antrag darauf gestützt, daß er Selbstkäufer sei, und demgemäß nach Code civil art. 1184 zur Auflösung des Kaufvertrags wegen Nichterfüllung, sowie zur Geltendmachung seines in der Differenz zur Lieferzeit bestehenden Interesse befugt; eventuell

behauptet, daß er als Commissionär des Beklagten die geforderte Summe als Schadensersatz beanspruchen dürfe.

Das Handelsgericht hatte in dem Geschäft einen Selbstkauf gefunden, dagegen das Appellationsgericht aus der Correspondenz und der Erwähnung von Provision und Courtage in den Schlußscheinen gefolgert, daß eine Verkaufscommission vorliege; daß auch Beklagter befugt sei, den Beweis der mit Dritten geschlossenen Kaufverträge zu fordern, dessen Kläger durch sein del credere nicht überhoben werde *); daß jedoch aus den beigebrachten Schriftstücken sich wirklich ergebe, wie Kläger die fraglichen Quantitäten in eigenem Namen verkauft, und an seine in der Appellationsinstanz benannten Käufer geliefert, oder doch diesen die Differenzen vergütet habe. Beklagter hatte sich weiter darauf berufen, daß er Anfangs März 1855 vom Kläger Namhaftmachung der dritten Käufer verlangt habe, um mit diesen das Geschäft direkt durch Vergütung der Differenzen und zwar zu günstigeren Bedingungen zu reguliren, Kläger jedoch diese Namhaftmachung wiederholentlich aus dem Grunde verweigert habe, weil er mit seinen Käufern nur direkt unterhandele, und nach den gewechselten Schlußscheinen vom Beklagten als Selbstkäufer anzusehen sei. Beklagter sah in seiner Aufforderung einen zulässigen Widerruf des ertheilten Mandats vor erfolgter Abwickelung des Geschäfts (Code civil art. 2004); durch Nichtnennung der Käufer habe Kläger seine Verpflichtungen verletzt, und könne, da ihm bei dem Erleiden des Schadens eigenes Verschulden zur Last falle, keinen Schadensersatz von ihm, seinem Mandanten, verlangen (Code civil art. 1998—2000), vielmehr stehe ihm seinerseits Auflösung des Mandatsvertrags (Code civil art. 1184) frei, womit seine Gegenverpflichtungen fielen.

In Beurtheilung dieses, vom Appellationsrichter nicht näher berücksichtigten, und in der dritten Instanz als Cassationsmittel aufgestellten Einwandes führt der Rheinische Senat des Obertribunals unterm 28. April 1857 aus:

Durch den Verkauf im eigenen Namen im Auftrag des Committenten war das Mandat des Commissionärs, nachdem er sich für den erzielten Preis dem Committenten als Selbstschuldner verpflichtet hatte, erfüllt; eine Zurücknahme des Auftrags kam nun nicht mehr in Betracht; vielmehr blieben nur noch aus der Vollführung des Auftrags Verpflichtungen, sowohl des Commissionärs in seiner Eigenschaft als Schuldner des Committenten aus den Schlußscheinen, als auch die Gegenverpflichtung des Committenten, den Commissionär für die ihm aus seinen Verpflichtungen gegen

*) Vgl. die gleichlautenden Urtheile des Obertribunals zu Berlin in Striethorst's Archiv I. S. 14—16. XII. S. 212 ff., und Entscheidungen XIX. S. 185. XX. S. 159. XXXIII. S. 355.

die Drittkäufer erwachsenen Nachtheile schadlos zu halten, übrig. Von Folgen einer Mandatverletzung konnte also nicht mehr die Rede sein, vielmehr hätte Cassationskläger ein Bestreiten der Schadensersatzforderung nur darauf gründen können, daß er sich erboten hätte, den Cassationsbeklagten gegen die in Ausführung des Mandats übernommenen Verpflichtungen zu vertreten, und daß er, hiezu durch die Weigerung des Cassationsbeklagten außer Stand gesetzt, nachweist, daß er den von diesem erlittenen Schaden nicht oder nicht in dem behaupteten Umfang erlitten haben würde.

(Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 24. S. 224—287.)

## 30.

### Kann der Verkaufscommissionär del credere selbst als Käufer des Commissionsguts angesehen werden? Wann ist das Commissionsgeschäft ausgeführt?

H. in Botzen leistete dem S. in Trient für den Betrag der Seide, welche S. im Laufe des Jahres 1853 an B. in London zum Verkauf in Commission geben würde, unbedingte Garantie. Im September 1853 übersendete S. an B. einen Ballen Seide von 300 Londoner Pfd. Netto, und erhielt am 17. Febr. 1854 von B. die Factur, wonach B. an S. unter Abzug aller Spesen und 4% Delcredereprovision einen reinen Verkaufspreis von 439 L. 13 Sh. 6 P. zahlbar in London am 14. Juni 54 facturirte und in seinen Büchern gutschrieb. Am 4. März 1854 suspendirte B. seine Zahlungen. Der Seidenballen war noch nicht verkauft, sondern wurde von B. an S. zur Disposition gestellt, worauf S. den Bürgen H. aufforderte, den Seidenballen gegen Bezahlung des Facturapreises von 439 L. 13 Sh. 6 P. selbst zu übernehmen, widrigenfalls S. ihn lediglich auf Gefahr und Kosten von H. in London verkaufen, den Erlös a conto des Facturapreises berechnen, und die Differenz gegen H. einklagen werde. Da H. sich hierüber nicht binnen der bestimmten Frist erklärte, so nahm S. den Seidenballen von B. auf Abschlag seiner Forderung an Zahlungsstatt, und ließ denselben in London verkaufen, wobei aber wegen der mittlerweise gefallenen Seidenpreise nur 337 L. 10 Sh. 6 P. erlöst wurden. Die Differenz mit 102 L. 2 Sh. 6 P. nebst 6% Zinsen vom 14. Juni 1854 klagte S. gegen H. ein.

Er stützte sich auf die von ihm angenommene Factura des B., wonach dieser, sofern er die Waare nicht verkauft habe, sich doch jedenfalls als Schuldner des Kaufpreises bekannt habe, sonach selbst als Käufer anzusehen sei; sowohl nach dem Geist des in Südtirol geltenden Codice di comercio art. 91, als nach kaufmännischem Gewohnheitsrecht.

Der Beklagte wendete ein, daß er für den Verkaufspreis der Seide nur haften würde, wenn wirklich ein Verkauf des Commissionsguts stattgefunden habe. Das sei nicht der Fall gewesen. Der Commissionär sei dem Committenten gegenüber nach Civilrecht, und daran hätte das Handelsrecht nichts geändert, nur dessen Mandatar; als solcher habe er zwar für seinen Committenten Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, nicht aber durch einseitigen Act, wie die in Bezug genommene Scheinfactur, das Verkaufsgeschäft des Seidenballens für sich mit Rechtswirkung abschließen können. Auch stehe in der Factur nichts davon, daß B. die Seide selbst als Käufer behalten habe oder behalten wolle, und die Factur sei nie acceptirt worden. B. habe mit sich selbst keinen Kaufvertrag abschließen können, und habe auch nicht Eigenthümer des Ballens werden können, da er den Grund seiner Gewahrsame nicht eigenmächtig ändern durfte.

Der Verkaufsauftrag sei somit gar nicht vollzogen, beide Theile seien von dem Commissionsvertrage durch Rückstellung und Zurücknahme des Ballens abgegangen: es sei willkührlich, in der Zurücknahme eine Hingabe an Zahlungsstatt zu sehen. Habe Kläger in der Folge über den Ballen nach Belieben verfügt, so sei das auf dessen eigne Gefahr geschehen; die Garantieverbindlichkeit des Beklagten habe sich lediglich auf das unvollzogene Commissionsgeschäft mit B. beschränkt.

Das Kreisgericht zu Botzen 8. Jan. 1857 verurtheilte Beklagten nach dem Antrage, indem es davon ausging, daß nach art. 91 des Codice di comercio der Commissionär in eigenem Namen handeln, somit das Eigenthum der ihm übergegebenen Sache als Käufer erwerbe, sobald er selbst dem Committenten erkläre, das Gut sei verkauft, und er habe ihm den Kaufpreis in seinen Büchern gutgeschrieben. Das habe B. gethan, und S. die Verkaufsrechnung angenommen. Dadurch sei das Commissionsgeschäft vollzogen, B. Eigenthümer des Ballens geworden; die Zurückstellung des Ballens auf Abschlag des Facturapreises sei keine Aufhebung des Commissionsgeschäfts, sondern ein neues Rechtsgeschäft gewesen, welches an der Haftung des Bürgen nichts änderte.

Der Beklagte wendete in der Appellationsbeschwerde zunächst ein, daß hier das Englische Recht zur Anwendung kommen müsse, und Kläger verpflichtet sei, dasselbe darzulegen. Aber auch der Codice di com. enthalte keine Stelle zur Rechtfertigung des Satzes, daß der Commissionär als Käufer des Commissionsguts zu vermuthen sei, selbst wenn er das Gut an Dritte verkauft zu haben vorgebe, und erwiesen werde, daß das Gut in der That noch unverwendet vorliege, die Verkaufsrechnung daher ein Scheinakt sein müsse.

Kläger entgegnete, daß der Codice di com. maaßgebend sei,

weil er nicht B., sondern H. aus dem im Inland geschlossenen Garantievertrage belange. Er führte außer den schon in erster Instanz geltend gemachten Gründen an, daß B. eine del credere Provision berechnet, und schon um deswillen, als Uebernehmer des del credere, für den Kaufpreis persönlich einzustehen habe; folglich auch H. als dessen Bürge.

Das Oberlandesgericht zu Inspruck bestätigte unterm 24. Februar 1857 das erste Urtheil.

Weil B. befugt war, die Seide im eigenen Namen an Dritte zu verkaufen, sei er auch berechtigt gewesen, die Seide selbst zu behalten, und durch die Erklärung, daß er den bestimmten Preis dafür zahlen werde, deren Eigenthum zu erwerben. Dem Committenten sei es nicht um den Namen des Käufers, sondern um den Preis der Waare zu thun. Das Commissionsgeschäft komme durch die Rechnung, welche der Commissionär dem Committenten darüber ablege, zum Abschluß (A. B. G. B. §. 1012), und es beständen zwischen beiden nur noch jene Rechte und Verbindlichkeiten, welche sich aus dem Resultat der genehmigten Rechnung ergäben.

Die außerordentliche Revision wurde vom Obersten Gerichtshof durch Urtheil vom 12. Mai 1857 verworfen aus folgenden Gründen:

Der Kläger hat sich nicht auf Englisches Recht bezogen, braucht dasselbe also auch nicht zu erweisen.

Nach der Natur des Commissionsvertrags und der kaufmännischen Uebung ist das Commissionsgeschäft als vollführt zu betrachten, und das Forderungsrecht gegen den Commissionär begründet, wenn Letzterer dem Ersteren die Verkaufsrechnung einsendet, ihm die Gutschreibung des nach Abzug der Spesen und Commissionsgebühren erübrigenden Kaufpreises bekannt gibt, und der Committent die Rechnung angenommen hat, ohne Anstand dagegen zu erheben. Dieses einmal begründete Forderungsrecht des Committenten erlosch nicht dadurch, daß sich in der Folge das Commissionsgut noch unverkauft im Besitze des Commissionärs vorfand, weil jeder vertragschließende Theil dem Anderen auch für Scheinhandlungen, täuschende Zusagen, für fälschliches Vorgeben verantwortlich bleibt und Genugthuung zu leisten hat (A. B. G. B. §. 869, 878, 923). Auch war Kläger berechtigt, die noch vorgefundene Commissionswaare auf Abschlag seiner Forderung zurückzunehmen, zumal Kläger dem Beklagten die Verfügung darüber freigestellt, und der Verkauf der Waare sich als ein die Schuld des Commissionärs vermindernder Vorgang darstellt.

(Allgem. Oester. Gerichtsz. 1857. Nr. 95. 96.)

31.

## Commissionsvertrag. Wann ist die Provision verdient?

M. O. nomine seines Hauses O. H. und Comp. in Newyork klagte vor dem Hamburger Handelsgericht gegen L. H. und Sohn auf Bezahlung von 893 Mark Banco 8 Sch. Commission für die von seinem Hause in Newyork effectuirten Verkäufe von Manufakturwaaren, welche nur deshalb nicht zur Ausführung kamen, weil die Waaren nicht in den Besitz des dortigen Hauses gelangten.

Das Handelsgericht wies die Klage durch Erkenntniß vom 15. Oktober 1856 ab, weil das klägerische Haus die Verkäufe erst abschloß, als es schon wissen mußte, daß der Auslieferung der Waare sich Schwierigkeiten entgegenstellten, und daß diese Schwierigkeiten nicht in der Schuld des Beklagten lagen.

Das Hamburger Obergericht sprach dagegen unterm 19. December 1856 dem Kläger die Provision zu, falls derselbe nur erweisen könne, daß die von ihm angezeigten Verkäufe wirklich stattgefunden.

Das Oberappellationsgericht zu Lübeck hat unterm 30. April 1858 dieses obergerichtliche Erkenntniß bestätigt. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die Beklagten mit Unrecht sich auf die für Mäkler in Hamburg geltenden Vorschriften beriefen, daß die Provision eines Verkaufscommissionärs erst verdient sei, wenn das ihm übertragene Geschäft in Erfüllung gegangen sei. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts müsse vielmehr als Regel festgehalten werden, daß der Committent verpflichtet sei, seine Gegenleistung für ein dem Commissionär aufgetragenes Geschäft, also die Provision, dann zu bezahlen, wenn und sobald der Commissionär dasselbe rechtlich zum Abschluß gebracht habe, und die Frage, ob das Geschäft später zur Ausführung gekommen sei, berühre die Forderung des Commissionärs überall nicht. Keinenfalls könne dessen Anspruch auf Provision in einem Falle für beseitigt erachtet werden, wo die Ausführung nicht durch bloßen Zufall vereitelt worden sei, sondern, wie hier, der einseitige Wille des Committenten oder seines Stellvertreters die Erfüllung des Geschäfts verhindert habe.

(G. Z. Nr. 542.)

32.

## Regreß des ausländischen Commissionärs gegen den Committenten wegen der Nachtheile, welche der Commissionär durch seine eigenen im Auslande ausgeführten und nach dortigem Recht gesetzwidrigen Handlungen erlitten hat.

Braun und Blöm in Ronsdorf beauftragten den Agenten

Morin in Paris, ihr Fabrikat, bestehend in Zündhütchen, an französische Exporteure zu verkaufen. In Folge Weisung des Morin versandten Braun u. Blöm denn auch an eine ihnen aufgegebene Adresse in Havre zum Export nach Amerika, und zwar als Transitgut eine Quantität Zündhütchen — in kleinern Etuis, welche den Namen resp. das Fabrikzeichen des Hauses Goupillard u. Comp. in Havre trugen.

Dieses Haus, welches hievon Kenntniß erhalten hatte, beantragte bei der franz. Zollbehörde auf Grund des franz. Gesetzes vom 28. Juli 1824 die Sequestration der fraglichen Zündhütchen, in Folge dessen denn in Paris gegen Morin ein strafgerichtliches Verfahren eingeleitet wurde, in welchem das Haus Goupillard u. Comp. als Civilpartei auftrat.

Das bezogene Gesetz vom 28. Juli 1824 verbietet nämlich im Art. 1 bei einer Geldstrafe und Schadensersatz die Anmaßung des Namens und Fabrikzeichens eines französischen Fabrikanten, und fügt dann im Art. 2 hinzu:

„Tout commissionaire devient passible des effets de la poursuite, lorsqu' il a sciémment exposé en vente on mis en circulation les objets marqués des noms supposés ou altérés.“ Morin machte gegen die Straf- resp. Civilentschädigungs-Ansprüche geltend, daß die fraglichen Zündhütchen nicht zur Consumirung in Frankreich bestimmt gewesen und dort weder zum Verkaufe ausgestellt, noch in Circulation gesetzt worden, daß dieselben vielmehr als Transitgut durch Frankreich gegangen seien und also die betreffenden Collis gegen jede Untersuchung ihres Inhalts gesetzlich geschützt sein müßten.

Die französischen Gerichte gingen indeß auf diese Darstellung des Morin nicht ein, verurtheilten denselben vielmehr zu einer Geldstrafe von 500 Franken, sowie dem Hause Goupillard und Comp. gegenüber in eine Civilentschädigung von 20,000 Franken, (s. Recueil von Sirey Bd. 54 Th. I. S. 918 u. ff.). Um die in Folge dessen gezahlten Beträge zurückzuerhalten, leitete Morin gegen das Haus Braun u. Blöm bei dem Kgl. Handelsgerichte zu Elberfeld eine Ersatzklage im Betrage 6755 Thlr. 25 Sgr. nebst Zinsen und Kosten ein.

Zur Rechtfertigung dieser Klage führt er unter Anderm an: die gegen ihn von den französischen Strafgerichten ergangenen Urtheile bildeten blos in Frankreich nicht aber in Preußen formelles Recht, — er Kläger sei daher befugt, hier in Preußen von neuem die Behauptung aufzustellen, daß er wegen der ihm zur Last gesetzten Handlung nicht als straffällig oder Schadensersatzpflichtig angesehen werden könne. Solches könne aber in der That nicht sein, da in dem Umstande, daß die fraglichen Zündhütchen als Transitgut durch Frankreich dirigirt wurden, nicht eine in diesem

Lande im Sinne des Gesetzes vom 28. Juli 1824 stattgehabte Circulation gefunden werden könne; daher sei seine (des Morin) Verurtheilung als ein durch höhere Gewalt und bloßen Zufall erlittener Schaden zu betrachten, der als solcher gemäß Art. 2000 des B. G. B. ihm von seinen Committenten ersetzt werden müsse — und zwar in vorliegendem Falle umsomehr, als man bisher allgemein der Ansicht gewesen sei, daß die Versendung von Waaren als Transitgut dieselbe nicht blos gegenüber der Douane, sondern auch gegenüber von Privatpersonen jeglicher Controlle entziehe, woraus folge, daß den Kläger in keiner Weise ein Vorwurf treffe.

Von Seiten des verklagten Hauses Braun u. Blöm wurde die Abweisung der Klage begehrt und dafür unter Anderm angeführt: die Verurtheilung einer Person im Strafverfahren bilde überhaupt res judicata gegen den Verurtheilten zum Vortheil aller dritten Personen, die dabei ein Interesse haben, mögen diese letzteren Personen dem nämlichen, oder einem andern Staate angehören, jedenfalls müsse Morin aber die Urtheile seines eigenen Landes überall wider sich gelten lassen; der Committent hafte dem Commissionär nach Art. 2000 des B. G. B. für die in Ausführung des Commissionsgeschäfts erlittenen Schäden nur dann, wenn diesem dabei kein Mangel an Vorsicht zur Last falle; dies sei aber vorliegend bezüglich Morin's der Fall, da er als Commissionär die einschlägigen Strafgesetze seines eigenen Landes kennen müsse, und daher nur auf seine Gefahr dieselben habe übertreten können.

Das Kgl. Handelsgericht zu Elberfeld pflichtete durch Urtheil vom 24. Oktober 1855 der Ansicht des beklagten Hauses bei und wies die Klage von Morin ab.

Dieser legte darauf Appell ein, wiederholte seine ursprünglichen Klageanträge, begehrte aber dann noch subsidiarisch, daß das Haus Braun u. Blöm wegen seiner Theilnahme an der dem Morin zur Last gelegten Handlung resp. wegen der daraus erwachsenen Solidarität, wenigstens zum Ersatze der Hälfte der eingeklagten Summe verurtheilt werden möge.

Der Appellationshof zu Cöln erließ indeß unterm 14. Mai 1857 folgendes confirmatorische Urtheil:

J. E., daß die unterm 4. April und 14. Juli 1854 rechtskräftig ergangenen Entscheidungen, als von den zuständigen Gerichten des Landes des Appellanten erlassen, ihrem ganzen Inhalte nach gegen denselben formelles Recht bilden und bezüglich ihrer materiellen Richtigkeit in gegenwärtiger Sache einer Untersuchung nicht unterliegen;

daß der in denselben ausgesprochenen Verurtheilung die Annahme zum Grunde liegt, daß der Appellant sich einer Zuwiderhandlung gegen den Art. 1 §. 2 des Gesetzes vom 28. Juli 1824 dadurch schuldig gemacht, daß er als Commissionär eines deutschen

Hauses von diesem verfertigte, mit dem Namen und dem Fabrikzeichen des französischen Hauses Goupillard u. Comp. fälschlich versehene und als Transitgut zum Export von Havre nach Amerika deklarirte, Zündhütchen auf französisches Gebiet habe einführen lassen und im Sinne jenes Gesetzes wissentlich in Circulation gesetzt habe;

daß daher der Appellant wegen eines Vergehens condemnirt worden ist, welches von ihm als Einwohner Frankreichs in Frankreich und zur Benachtheiligung eines französischen Fabrikhauses begangen worden ist;

daß die als ein Vergehen qualificirte Thathandlung, da sie eine dem Appellanten persönliche ist, und die Beweise der Selbstständigkeit an sich trägt, in ihren Folgen von der den franz. Verbotsgesetzen nicht unterworfenen Appellatin nicht zu vertreten ist, da der Verlust, welchen der Appellant durch die Verurtheilung erlitten hat, nicht als ein durch bloßen Zufall entstandener und als ein solcher erscheint, von welchem er ohne eigenes Verschulden betroffen worden, da er die Gesetze seines Landes kennen mußte und selbst, sofern er geglaubt haben möchte, daß die ihm in den Urtheilen vom 4. April und 14. Juli 1854 zur Last gelegte Handlung eine Uebertretung des Gesetzes vom 28. Juli 1824 nicht involvire sich in einem nicht unverschuldeten Irrthume befunden und somit immerhin durch eigene Unvorsichtigkeit den Verlust herbeigeführt haben würde;

daß folglich die Bedingung nicht eingetreten ist, unter welcher der Appellant berechtigt sein würde, die der Klage zum Grunde gelegte Vorschrift des Art. 2000 des B. G. B. anzurufen und nach Maaßgabe dieses Gesetzes einen Anspruch gegen die Appellatin auf Erstattung der Geldstrafe und Entschädigung zu begründen, zu welcher er verurtheilt worden ist;

J. E., daß ebensowenig der Subsidiarantrag des Appellanten gerechtfertigt erscheint, da in Beziehung auf den unter einer der Appellatin fremden Gesetzgebung dem im Auslande domizilirten Hause Goupillard und Comp. zuerkannten Schadensersatz eine die Solidarität zwischen dem Appellanten und der Appellatin begründendes Verhältniß nicht obwaltet, aus welchem die Verbindlichkeit des letzteren zur antheilmäßigen Wiedererstattung des betreffenden Betrages abgeleitet werden könnte.

Aus diesen Gründen rc.

(Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preuß. Rheinprovinzen Bd. 52 S. 242 — 246).

## VIII. Speditionsvertrag.

### 33.

### Verpflichtung des Spediteurs für Diebstahl gegen den Fuhrmann aufzukommen.

Der Spediteur haftet gegenüber dem Absender nach Satz 91. 96 des Anhangs zum Bad. Landrecht für den Schaden und den Abgang, den die Waaren unterwegs erleiben, gleichgültig, ob dieser sich durch sein Verschulden bei ihm, oder bei den von ihm erwählten Zwischenversendern ergab, insofern nicht der Schaden durch Zufall oder höhere Gewalt verursacht wurde (Anh. S. 98. 99). Zu diesen Zwischenversendern gehören die Fuhr- und Schiffsleute. Der an dem Fuhrmann W. verübte Diebstahl befreit daher den beklagten Spediteur nicht von der Haftungsverbindlichkeit, da nicht behauptet wurde, daß der Diebstahl mit gewaffneter Hand, oder sonst mit Uebermacht verübt wurde. L. R. S. 1782. 1784, vgl. mit S. 1952.

Urtheil des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 12. März 1857 in S. Peill u. Comp. c. Forschner. (Magazin für Badische Rechtspflege. Bd. III. S. 431).

### 34.

### Verpflichtung des Spediteurs, die auf den Belauf des Speditionsguts auf ihn gezogenen Tratten zu honoriren, sofern ihm der Auftrag zur Spedition mit dieser Maaßgabe ertheilt worden.

Kratze und Burk haben an H. Mutzenbecher u. Comp. eine Partie Waaren geschickt mit dem Auftrage, dieselbe an Leinau Hermanos u. Comp. in Buenos Ayres zu senden, und in demselben Brief ihnen mitgetheilt, daß sie den Betrag jener Waare mit Bco. Mark 5071. 12 Sch. nach einem Monat drei Monat dato trassiren werden. Mutzenbecher u. Comp. haben die Waare spedirt, halten sich aber nicht für verpflichtet, nun auch die Wechsel zu acceptiren. Es klagen daher Kratze und Burk auf Accept derselben.

Excipiendo erwidern Mutzenbecher u. Comp., die Klage sei als eine dunkle zu betrachten, da aus derselben durchaus nicht erhelle, aus welchem Grunde denn die Kläger die Annahme der Wechsel verlangten. Es seien nur Thatsachen, welche von den Klägern zur Begründung ihrer Klage vorgebracht worden, Thatsachen, aus denen eine juristische Verpflichtung zum Accepte nicht zu ersehen

sei. Allerdings räumten sie ein, die fraglichen Waaren zur Spedition erhalten und auch an Leinau Hermanos u. Comp. gesandt zu haben, damit sei aber durchaus nicht gesagt, daß sie nun auch den Werth der spedirten Güter bezahlen müßten. Den Brief der Kläger vom 2. September haben sie nicht beantwortet, ein verpflichtendes Verhältniß bestehe weder zwischen den Letzteren und ihnen, noch zwischen ihnen und Leinau Hermanos u. Comp. und baten sie daher, die Klage abzuweisen.

Replicando bemerken die Kläger, von einer Dunkelheit der Klage könne allenfalls nur insofern die Rede sein, als derselben ein technischer Name fehle, es sei ja aber allgemein bekannt, daß dieses Erforderniß einer Klage, welches das ältere Römische Recht aufgestellt hatte, längst beseitigt worden. Warum die Kläger auf Annahme der Tratte dringen, liege vollkommen klar vor und der Grund dieses Verlangens bestehe einfach darin, daß Mutzenbecher u. Comp. den Auftrag, wie er im Briefe vom 2. Septbr. v. J. enthalten war, angenommen hätten. In diesem Briefe sei ihnen aufgetragen worden, die Waare zu spediren und dann die Wechsel zu acceptiren. Das Erstere haben sie gethan, das Letztere wollen sie verweigern. Ein Auftrag könne aber nicht zur Hälfte erfüllt werden, er müsse ganz erfüllt oder ganz unterlassen werden. Die Kläger bezogen sich hierfür auf Präjudicate, welche diesen Grundsatz anerkannt haben, namentlich in Sachen Grete contra Hartenfels und in Sachen Dr. Petersen contra Gebr. Möller.

Die Beklagten entgegneten duplicando, daß die angeführten Präjudicate hier nicht maßgebend sein könnten, da in jenen Fällen eine Verbindung zwischen den Parteien bestand, von der hier nicht die Rede sei. Es habe durchaus nicht in ihrer, der Beklagten, Absicht gelegen durch Spedition der Waare die Garantie dafür zu übernehmen, daß die Verkäufer auch den Preis für dieselbe bezahlt erhielten, und daß sie an ein solches del credere Stehen nicht gedacht hätten, gehe auch schon aus dem Umstande hervor, daß sie sich durchaus keine Provision von den Klägern ausbedungen hätten, wie dieses immer geschähe, wenn man für einen Dritten del credere stehe.

Die erste Kammer des Hamburgischen Handelsgerichts erkannte hierauf in der Audienz vom 14. Januar 1858, dahin:

da die Beklagten die ihnen im klägerischen Schreiben vom 2. Nov. vorigen Jahres, Anl. 2, advisirte Waare nicht befördern durften, wenn sie nicht die dagegen in solchem Schreiben ihnen advisirte Tratte zu honoriren gemeint waren,

daß Beklagte die in Anl. 3 vorliegende Tratte in 24 Stunden sub poena executionis auf den Wechselbetrag von Bco. Mark 5071 12 Sch. abzüglich des laufenden Disconto zu

acceptiren, auch dem Kläger die Protest- und Proceßkosten zu ersetzen schuldig. (S. Z. Nr. 474).

Bestätigt durch Erkenntniß des Hamburgischen Obergerichts vom 12. März 1858, ohne Entscheidungsgründe. (S. Z. Nr. 486.)

## 35.

### Ist bei nicht bedungener Lieferungszeit der Spediteur schadensersatzpflichtig, falls er es unterläßt, gleichzeitig mit der Absendung der Waare den Avisbrief an den Adressaten zu befördern?

Die Handelsleute Gebrüder S. übergaben am 20. Septbr. 1854 dem Spediteur R. 5 Colli Waaren zur Versendung nach Rzeszow. Die Waaren langten dort am 4. Oktober 1854 an, wurden aber erst am 13. Oktober, an welchem Tage der Avisbrief anlangte, an die Besteller ausgefolgt, welche durch den verspäteten Empfang in ihrer kaufmännischen Spekulation beeinträchtigt zu sein behaupteten, indem sie nun die Waaren nicht mehr zur Herbstsaison absetzen zu können angaben. Sie belangten daher den Spediteur auf eine Entschädigung von 50 fl. C. M., welchen Schaden sie durch Schätzungseid darzuthun gedachten. Das Kreisgericht zu Rzeszow wies die Kläger ab, indem es unter Anderem ausführte, daß der Spediteur in Ermangelung einer verabredeten Lieferungs- und Avisirungszeit nicht weiter hafte, da er den empfangenen Auftrag thunlichst schnell vollzogen habe, und die Waaren an die Adressaten gelangt seien.

Dagegen nahm das Oberlandesgericht zu Krakau in dem Urtheil vom 30. December 1856 an, daß in Folge der verspäteten Ankunft des Avisbriefes die Kläger ihre Waare nicht hätten rechtzeitig beziehen können; daß ein geregeltes Speditionsgeschäft gleichzeitige Absendung der Waare und des Avisobriefes erfordere; daß Beklagter hätte darlegen müssen, daß er an dem späteren Anlangen des Aviso keine Schuld trage; die bloße Behauptung, es sei der Brief auf der Post liegen geblieben, genüge nicht. In Ermangelung solchen Beweises falle dem Spediteur eine auffallende Sorglosigkeit zur Last, für welche er gemäß T. 1297. 1324 des A. B. G. B.s hafte.

Hinwiederum trat der Oberste Gerichtshof in dem Urtheil vom 17. März 1857 dem ersten Richter darin bei, daß dem Beklagten wegen der nicht bedungenen Lieferungszeit keine Saumsal vorgeworfen werden könne.

(Allg. Oesterr. Gerichtsz. 1857. Nr. 81)

## 36.

### Transport von Speditionsgütern durch die Eisenbahn. Beschränkung der Ersatzpflicht des Spediteurs für verlorne Güter auf das von der Eisenbahnverwaltung reglementsmäßig vergütete Quantum*). Pflicht zur Assecurirung?

Carl Seyd zu Elberfeld stand seit länger als einem Jahre mit Endris-Breidenbach zu Düsseldorf in einer Geschäftsverbindung, vermöge deren Ersterer Waaren, die für ihn von andern Orten her nach Düsseldorf gesandt wurden, von dort durch Endris-Breidenbach nach Elberfeld spediren ließ. So kam im Septbr. 1856 von Rees ein Ballen Baumwollenwaaren für Carl Seyd nach Düsseldorf, welchen Endris-Breidenbach nach Elberfeld senden sollten, was sie jedoch, da sie jedoch, da sie ihr Speditionsgeschäft eingehen lassen wollten, nicht mehr selbst besorgten, sondern durch Bauer besorgen ließen. Dieser versandte den Ballen auf der Düsseldorf-Elberfelder Bahn, wo derselbe verloren ging. Die Eisenbahn-Gesellschaft gab zu, daß sie den Ballen erhalten habe, und daß derselbe nicht an seine Adresse gelangt sei, sie hielt sich aber ihrem Reglement gemäß nur zu einer Entschädigung von 32 Thlr. 24 Sgr. verpflichtet. Seyd verlangte jedoch von Endris-Breidenbach den vollen Werth des verloren gegangenen Ballens, den er zu mehr als 300 Thlr. angab, indem er behauptete, daß Endris-Breidenbach, wenn sie selbst, oder durch einen Zwischen-Spediteur sich der Eisenbahn als Transportmittel hätten bedienen wollen, verpflichtet gewesen seien, den Ballen zu versichern und dadurch die Verbindlichkeit der Eisenbahn-Gesellschaft zur Vergütung des vollen Werthes herbeizuführen, daß eine solche Versicherung auch sogar aufgetragen gewesen sei. Endris-Breidenbach ließen den Bauer, und dieser die Eisenbahn-Gesellschaft beiladen. Für Endris-Breidenbach und für die Abcitaten wurde dem Verlangen des Seyd die bestehende commercielle Usance, wonach stets mit der Eisenbahn spedirt und nur bei speciellem Auftrag versichert werde, so wie auch die bisher zwischen den Hauptparteien bestandene Verfahrungsweise entgegengesetzt.

Durch Urtheil vom 31. December 1856 stellte das Handelsgericht zu Elberfeld die zu leistende Entschädigung allen Parteien gegenüber auf nur 32 Thlr. 24 Sgr. fest, und wurde dieses Urtheil, auf Appellation des Klägers durch Erkenntniß des Appellhofes zu Cöln v. 27. Mai 1857 aus folgenden Gründen bestätigt:

J. E., daß nach Art. 98 des H. G. B. der Commissionär für den Verlust der durch ihn versendeten Waaren haftet; daß der

*) Vgl. Entwurf des Handelsgesetzbuches art. 357 alin. 3.

darin vorgesehene Ausnahmefall höherer Gewalt nicht vorliegt, daher mit Recht in dem erstrichterlichen Urtheil die Entschädigungs-Verbindlichkeit an sich ausgesprochen worden ist und die Parteien nur darüber streiten, ob der Umfang des von dem Commissionär dem Versender zu leistenden Ersatzes nach dem wahren Werthe des auf der Eisenbahn verloren gegangenen Ballens, oder ob er nach dem durch das Eisenbahn-Reglement von vorneherein festgesetzten Satze von 20 Thlt. per Centner zu bemessen sei;

daß die Frage, ob eine Clausel der letzteren Art rechtsbeständig sei und sie den Frachtführer von dem Ersatze eines nachgewiesen höheren Werthes entbinden könne, keinen Gegenstand der Discussion gebildet hat, die Parteien vielmehr hiervon als von einer feststehenden und gegebenen Grundlage ausgegangen sind, wie denn auch gegen das die abcitirte Eisenbahn-Gesellschaft blos zum Ersatze des reglementsmäßigen Normalwerthes verurtheilende Erkenntniß erster Instanz eine Berufung von keiner Seite eingelegt worden ist;

daß in concreto thatsächlich feststeht, daß dem appellatischen Handlungshause als Commissionär eine bestimmte anderweitige Versendungsart, als durch die Eisenbahn nicht vorgeschrieben war, vielmehr (wie aus der Aussage des Zeugen Louis Vogt hervorgeht) die durch die Appellatin vermittelten Sendungen stets auf der Eisenbahn geschehen sind, indem seitens der Appellanten auf schleunige Beförderung bestanden wurde, eine solche aber nach den jetzigen Verkehrsverhältnissen nur auf diesem Wege zu erreichen war, überdieß aber auch der Appellant selbst ausgeführt hat, daß seinerseits gegen die Versendung mit der Eisenbahn an und für sich nichts erinnert und nicht sowohl hierin, als vielmehr in dem Umstande, daß keine besondere Versicherung genommen worden, der rechtliche Grund für den gegen das appellatische Handlungshaus in größerem Umfange geltend gemachten Ersatzanspruch gefunden werde;

daß aber auch in dieser Beziehung thatsächlich festgestellt ist, daß ein ausdrücklicher Auftrag zur Versicherungsnahme dem Commissionär nie ertheilt worden, vielmehr die Versendungen während der ganzen, 18 Monate lang bestandenen Geschäftsverbindung stets ohne Versicherung geschehen und hiergegen keine Erinnerungen gemacht worden sind;

daß auch eine Versicherung nach der Gestaltung der jetzigen Verkehrsverhältnisse nicht ohne Weiteres als sich von selbst verstehend und der Intention des Committenten entsprechend angesehen werden kann, indem theils die Rücksichten auf Schnelligkeit und Billigkeit entscheidend, theils aber auch, damit die Versicherung angemessen genommen werden könne, gewisse Anhaltspunkte, als z. B. Werthsangabe, erforderlich sind, welche dem Commissionär nicht in allen Fällen gegeben sein dürften;

daß zwar im Allgemeinen der Art. 98 l. c., wenn er den Commissionär garantiepflichtig für den Verlust macht, hierbei nur den wahren Werth des verloren gegangenen Gegenstandes im Auge gehabt hat und es nach dem Geiste und Sinne dieser und der folgenden Vorschriften für das rechtliche Verhältniß des Eigenthümers oder Versenders zu seinem Commissionär nicht entscheidend sein kann, wenn Letzterer aus besonderen oder zufälligen Ursachen seinem Zwischen-Commissionär oder Frachtführer gegenüber mit einer geringeren Entschädigung sich begnügen müßte;

daß jedoch schon die bezogene Gesetzesstelle vertragsmäßige Festsetzungen, wodurch die Garantiepflicht in anderer Weise regulirt wird, nicht ausschließt, und mit Rücksicht auf die seit Emanation des H. G. Buches eingetretene gänzliche Umgestaltung der Verkehrs- und Transportverhältnisse, wonach die Eisenbahnen fast die ausschließlichen Vermittler der Waarenbeförderung für manche Entfernungen, und namentlich für die hier fragliche Strecke, geworden sind, das Vertragsverhältniß, zumal, wenn es, wie im untergebenen Falle, durch eine längere Geschäftsverbindung und Uebung seine Auslegung erhalten hat, der Natur der Sache nach dahin aufgefaßt werden muß, daß bei Versendungen durch die Eisenbahn die Verhaftung des Commissionärs für einen höheren als den von der Eisenbahn-Gesellschaft vergüteten Schaden nur da einzutreten habe, wo entweder diese Art der Versenduug durch den erklärten Willen des Versenders, resp. Eigenthümers ausgeschlossen oder aber die Aufnahme einer besonderen Versicherung dem Commissionär, sei es allgemein oder für einen bestimmten Fall, zur Pflicht gemacht worden ist; daß demnach die Entscheidung des ersten Richters auch in Betreff der Höhe der zuerkannten Entschädigung sich rechtfertigt. Aus diesen Gründen verwirft u. s. w.

(Archiv f. Civil- und Criminalrecht der Rheinprovinzen. Bd. 53. (N. F. Bd. 46) S. 24—29.)

## IX. Frachtvertrag.

### 37.

### Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen für Beschädigungen beim Aufladen der Waaren.

Das Betriebsreglement für die Berlin-Hamburger Eisenbahn v. 15. Januar 1851 bestimmt in §. 63, welcher die Grundsätze enthält, nach denen die Eisenbahnverwaltung für Beschädigungen und Verluste an den ihr zur Beförderung übergebenen Gütern die Haftungspflicht übernommen hat, unter Nr. 9 a, daß

die (als Regel eintretende) Entschädigungspflicht der Verwaltung dann wegfalle,

„wenn der Verlust oder die Beschädigung durch ein anderes Ereigniß als durch Brand herbeigeführt ist, welches die Verwaltung nicht abwenden konnte.

Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf einen unlängst in Hamburg vorgekommenen Beschädigungsfall bildete den Gegenstand einer Meinungsdivergenz zwischen dem dortigen Handelsgerichte und Obergerichte, welche jüngst vor dem Lübecker Oberappellationsgericht ihre Erledigung fand *), und zwar dadurch, daß die Entscheidung aus anderen bisher gar nicht in Betracht gezogenen Bestimmungen des Reglements construirt ward.

Der Fall war dieser: Der Kläger H. in Hamburg meldete bei der Berlin-Hamburger Güterexpedition 13 Pipen Madeira zur Beförderung nach Berlin an. Die Güterexpedition beauftragte einen Everführer diese uud andere für denselben Tag angemeldeten Güter von den respectiven Speichern der Absender abzuholen. Letzterer vollzog den Auftrag, nahm die 13 Madeirapipen aus dem Speicher des Klägers, darauf noch andere Güter aus anderen Speichern in seine Schute ein, und legte sich darnach mit derselben unter den Speicher des Handlungshauses W. u. B., um dort ebenfalls Güter einzunehmen. Während er da lag, stürzte ein zum Verladen bestimmter und von den Arbeitern im Speicher an der dritten Bodenluke schon an die Kette gelegter Waarenballen auf die Schute herab und zertrümmerte zwei der Madeirapipen. Der Kläger H. forderte nun von der Eisenbahndirection den Ersatz des 360 Rthlr. betragenden Schadens. Diese opponirte die Einrede: der Schaden sei durch ein für sie unabwendbares Ereigniß eingetreten, wofür sie nach §. 63 des Reglements nicht hafte.

Das Handelsgericht verwarf in dem Erkenntniß v. 22. Juli 1857 diese Einrede, das Obergericht aber entschied unterm 14. August 1857 zu Gunsten der Direction:

„da eine der Beklagten zur Last fallende Verschuldung nicht behauptet ist, es vielmehr feststeht, daß der Schaden durch ein äußeres nicht vorherzusehendes Ereigniß herbeigeführt ist, welches abzuändern weder im Bereich der Eisenbahndirection noch der von ihr angestellten Personen lag,

da somit nach gemeinrechtlichen Grundsätzen **) die Be-

*) Erkenntniß des O.A.Gerichts zu Lübeck v. 30. März 1858 in Sachen Hundeiker contra Berlin-Hamburger Eisenbahndirection.

**) wörtlich: „da somit weder nach den für die locatio conductio operis noch nach den für das receptum geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen u. s. w.

klagte für den Schaden nicht verantwortlich gemacht werden kann, während das für die Befugnisse und Verpflichtungen der Parteien maßgebende Betriebsreglement in §. 63. 9 a. (s. o.) entschieden der erhobenen Klage entgegensteht.

Das Oberappellationsgericht hat sich nicht bei der Inbetrachtnahme dieser aus ihrem Zusammenhang gerissenen Bestimmung des Reglements beruhigt, sondern auch die übrigen Vorschriften desselben über die Schadenersatzpflicht und den daraus erkennbaren leitenden Gedanken einer Prüfung unterworfen, welche zu einem für die Direction ungünstigen Resultate geführt hat.

Die Bestimmung des §. 63. 9 a, könnte an und für sich zu der Annahme verleiten, daß, wenn auf Seiten der Direction und ihres Dienstpersonals kein Verschulden vorliege, erstere auch nicht ersatzpflichtig sei.

Nun enthält aber derselbe §. 63 unter Nr. 3, 4 und 5 folgende Bestimmungen:

3) daß für abhandengekommene Güter die Direction ganz allgemein hafte, und nur bei solchen Gütern, die der Absender selbst zu verladen, oder der Empfänger selbst abzuladen hatte, es des Beweises einer Verschuldung von Seiten der Verwaltung bedürfe, um sie ersatzpflichtig zu machen.

Die einfache Schlußfolgerung ist: hat die Verwaltung selbst die Verladung und Abladung übernommen, so ersetzt sie abhanden gekommene Güter, mag sie ein Verschulden treffen oder nicht.

Ferner unter 4) heißt es, daß für Beschädigungen am Inhalte eines Collo außer dem Falle, wenn eine vorhandene äußerlich erkennbare Beschädigung in unzweifelhafter, unmittelbarer Beziehung zu der vorhandenen inneren Beschädigung stehe, die Verwaltung nur dann hafte, wenn ihr ein besonderes Verschulden und die geschehene Auslieferung eines unbeschädigten Inhalts, sowie dessen gehörige Verpackung vollständig nachgewiesen werde.

Für jenen ausgenommenen Fall, der aber vermuthlich factisch die Regel bildet, erklärt sich also die Verwaltung für ersatzpflichtig, auch wenn sie kein Verschulden trifft. Nur eine, der Bestimmung unter 3) ensprechende Restriction tritt auch hier hinzu, indem nämlich

unter 5) auch bei den Gütern, welche die Absender selbst verladen, für den Fall der Beschädigung der Verwaltung erst eine Verschuldung nachgewiesen werden muß.

Da nun hiernach, abgesehen von jenen ziemlich natürlichen Ausnahmen, die Eisenbahnverwaltung für abhanden gekommene sowohl wie für beschädigte Güter, auch abgesehen von einer Verschuldung haften will, so folgert das Oberappellationsgericht daraus, daß unter den „Ereignissen, welche die Verwaltung nicht ab-

wenden kann" (§. 63. 9 a) nur solche zu verstehen sein könnten, welche mit der Art, wie die Güter in Empfang genommen, befördert und abgeliefert worden, nicht in Verbindung stehen, sondern sie ganz unabhängig davon betroffen, also von Fällen einer eigentlichen vis major (höheren Gewalt, force majeur)*).

Zur Bestärkung dieser Auslegung wird noch auf eine anderweitige Bestimmung des Reglements verwiesen. Nach §. 50 nämlich behält die Verwaltung nicht nur bei absichlich oder schuldvoll durch Andere zugefügtem Schaden (damnum injuria datum) sondern auch bei sonstigen, durch mitverladene Güter verursachten Beschädigungen sich den Entschädigungsanspruch vor, was doch nur dann Sinn hat, wenn auch in diesen Fällen sie sich dem Eigenthümer für ersatzpflichtig ansieht, und sich so nur den selbstständigen Regreß sichern will.

Indem das Gericht diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall anwendet, wird vorerst darauf hingewiesen, daß die Beklagte in Hamburg die Abholung der Güter von den Speichern der Absender übernommen hat, die reglementmäßige Haftungspflicht also in dem Augenblicke begann, als der Everführer die 13 Pipen Madeira aus des Klägers Speicher in Empfang nahm. Für den darnach eintretenden Unfall war es nun aber einerlei, ob es ein rein zufälliger oder, wie die Beklagte selbst behauptet hat, von den Arbeitern von W. u. B. verschuldeter war. Denn auch im ersteren Falle lag hier kein im Sinne des §. 63. 9 a von Seiten der Verwaltung unabwendbares Ereigniß (also kein damnum fatale) vor, welches die Haftungspflicht der Beklagten ausschließt.

„Darauf, ob der Everführer es hätte abwenden können," heißt es in den Entscheidungsgründen wörtlich weiter, „kömmt „Nichts an; es genügt, daß der Unfall in einem Causalzusammen„hange steht mit den von der Güterexpedition wegen Abholens der „verschiedenen angemeldeten Güter getroffenen Einrichtungen und „Anordnungen, um ihn für einen für sie nicht absolut unab„wendbaren zu erklären. Denn es ist völlig klar, daß der Un„fall nur dadurch eingetreten ist, daß der Everführer von Speicher „zu Speicher fuhr, um die verschiedenen Güter einzunehmen. „Zwar trifft die Beklagte darin, daß sie ein solches Verfahren ge„stattete, durchaus kein Verschulden; es ist dieses vielmehr ein ganz „ordnungsmäßiges und es kann der Beklagten an und für sich

*) Es läuft darnach hier ganz auf das römische receptum hinaus, bei welchem gleichfalls außer dem eigenen Verschulden des Beschädigten und dem inneren Verderb der Sache nur vis major die Haftungspflicht des nauta und caupo ausschließt. l. 3. §. 1 nautae caupones. l. 15. §. 1. locati.

„nicht zugemuthet werden, alle einzelnen Waarenpartien besonders „direct nach dem Bahnhofe transportiren zu lassen. Ebensowenig „aber läßt es sich verkennen, und der vorliegende Fall beweist es, „daß mit dem Verfahren, wie es eingehalten wird, eine größere „Gefahr für die eingeladenen Güter verknüpft ist. Wenn daher „die Beklagte trotzdem der geringeren Kosten wegen so verfahren „läßt, so kann sie sich auch nicht darauf berufen, daß ein Ereigniß „wie das eingetretene, wodurch übernommene Waaren beschädigt „worden, ein von ihr nicht abzuwendendes gewesen sei, und zwar „ist hier gerade der Umstand entscheidend, daß, wie bereits be„merkt, die Schute zu dem Zweck unter dem Speicher von W. u. „B. angelegt ward, um dort ebenfalls Güter für die Eisenbahn „zu empfangen und daß überdies die fragliche Beschädigung durch „mitzuversendende Güter verursacht ist *).

Pauli.

## 38.

### Zur Lehre von dem rechtlichen Verhältnisse der Eisenbahnen zu denen, welche sich derselben bedienen, in Bezug auf Waarentransport**).

Ein Kaufmann in Magdeburg übergab der dortigen Verwaltung der Eisenbahn ein Faß Sprit im Gewicht von 436 Pfd. zur Beförderung an einen Spezereihändler in Mainz. Der Frachtbrief von 29. August 1854 lautete auf den mitteldeutschen Eisenbahnverband. In Frankfurt, an der westlichen Grenze dieses Verbandes, angelangt, wurde das Faß von der Verwaltung der Taunus-Eisenbahn zur Beförderung nach Mainz übergeben. Auf dem Frachtbriefe fand sich, angeblich von der Verwaltung der Main-Weser-Bahn herrührend, die Notiz: „Das Faß kam hier in einem sehr schlechten Zustande an. Das hier ermittelte Gewicht beträgt nur 399 Pfund. Frft. M. Wes. B." Als das Faß dem Besteller in Mainz zukam, verweigerte er die Annahme, weil es — es wog nur noch 218 Pfund — stark ausgelaufen war.

Die Klage des Verkäufers gegen den Käufer bei dem Han-

*) cfr: l. 1. §. 8. l. 3. pr. nautae, caupones.

**) Vgl. Beschorner: Das deutsche Eisenbahnrecht, 1858 Abtheil. VI. über den Betrieb der Eisenbahnen, die Transportbedingungen und das rechtliche Verhältniß der Eisenbahnanstalten zu denen, welche sich derselben bedienen, S. 235—287. — Seuffert's Archiv der Entscheidungen VII. Nr. 172. 355. VIII. Nr. 52. 53. XI. Nr. 237.

delsgericht zu Mainz auf Bezahlung des Preises der auf die Gefahr des Letzteren versendeten Waare veranlaßte diesen zu einer Garantieklage gegen die Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft. Da diese das Faß zur Weiterbeförderung übernommen habe, es aber in solchem Zustande am Ort der Ablieferung angekommen sei, so sei sie ihm für die Folgen der Anstellung der gegen ihn erhobenen Klage verhaftet. Die Beklagte bestritt die Klage: Sie habe nicht für den Defect des ihr in schlechter Beschaffenheit übergebenen Fasses zu haften. Jedenfalls hafte sie nicht für den Verlust an Gewicht, der bereits bei der Uebernahme desselben eingetreten gewesen sei.

Das Handelsgericht erkannte sowohl die Haupt- als die Garantieklage für begründet und wies die Widerklage auf Zahlung der auf dem Fasse haftenden Fracht und Spesen ab. Ein von der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft ergriffener Appell wurde durch Urtheil des Obergerichtes vom 19. Juli 1856 verworfen, worauf sie den Cassationsrecurs ergriff.

Nach contradictorischer Verhandlung erließ der Cassationshof zu Darmstadt unterm 8. Februar 1858 folgendes Urtheil: In Erwägung, daß in dem obergerichtlichen Urtheile gesagt ist: Die Behauptung, welche die Gesellschaft der Garantieklage entgegensetze, als habe sie laut der Notiz auf dem Frachtbriefe das Faß bereits in sehr schlechtem Zustande von der Main-Weser-Bahn übernommen, stehe mit ihren eigenen Statuten und denen des mitteldeutschen Eisenbahnverbandes, auf welche Reglements hin, inhaltlich des Frachtbriefes, der Transport stattgefunden habe, im Widerspruch, indem es in diesem heiße, die Eisenbahn-Verwaltung sei nicht verpflichtet, Güter zum Transport zu übernehmen, die nicht wohl conditionirt und nicht nach ihrem Ermessen zweckmäßig verpackt seien; doch könnten Güter in mangelhaftem Zustande ausnahmsweise auf Gefahr des Aufgebers befördert werden, wenn er sich dieser Bedingung und der Haftung für jeden Gewichtsverlust und für jeden durch den mangelhaften Zustand entstehenden Schaden durch eine mit seiner Unterschrift versehenen Erklärung ausdrücklich unterwerfe; hiernach müsse, da eine solche schriftliche Erklärung des Aufgebers nicht vorliege, bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden, daß das Faß in gutem Zustande der Gesellschaft zur Weiterbeförderung übergeben worden sei; ein Beweis des Gegentheils könne nicht in jener Notiz auf dem Frachtbriefe liegen, da nicht erhelle, daß sie darauf von der Verwaltung der Main-Weser-Bahn, und zwar bereits vor der Uebergabe des Fasses an die Taunus-Bahn gesetzt worden sei.

In Erwägung, daß die Cassations-Klägerin in der ersten Richtung ihres ersten Cassationsmittels behauptet, das Obergericht habe dadurch, daß es in der angegebenen Weise die

von ihr bezüglich der Uebernahme des Fasses abgegebene Erklärung, die ein qualificirtes Geständniß bilde, auf Vermuthungen hin, obgleich es sich von einer Sache handle, bei welcher, insbesondere bei dem vorliegenden Frachtbriefe, der Zeugen- sonach auch der Vermuthungsbeweis ausgeschlossen sei, getheilt und sie, die Cassationsklägerin, als beweispflichtig erkannt hätte, die Art. 101 und 102 des Handelsgesetzbuches, sowie die Artikel 1315, 1356 und 1134 des bürgerlichen Gesetzbuchs verletzt;

In Erwägung dagegen, daß obige Richtung des Cassationsmittels schon darum als unbegründet erscheint, weil die Cassations-Klägerin, da sie das Frachtfuhrwesen gewerblich betreibt, dem Art. 1 und dem Art. 632, Pos. 2 des Handelsgesetzbuchs *) gemäß, als Handelsgesellschaft zu betrachten ist, es sich daher hier von einer Handelssache handelt, bei einer solchen aber die in dem bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen Beschränkungen des Zeugen- und Vermuthungsbeweises keine Anwendung leiden, der Richter vielmehr, in so fern nicht eine specielle gesetzliche Verfügung etwas Anderes bestimmt, in Zulassung und Würdigung der Beweismittel an jene Beschränkungen nicht gebunden ist;

In Erwägung, daß die Cassationsklägerin sich subsidiär zu dem Beweise erboten hatte, daß jene Notiz von Seiten der Verwaltung der Main-Weser-Eisenbahn auf den Frachtbrief gesetzt worden sei, das Obergericht jedoch diesen Beweis als unerheblich erkannte, indem es considerirte: daß, wenn selbst, wie sie behaupte, das Faß, als sie es übernommen, in einem so schlechten Zustande gewesen sei, daß sich dadurch bei der Weiterbeförderung der weitere Manco, der sich in Mainz vorgefunden, habe ergeben müssen, dies sie nicht von ihrer Pflicht, dem Cassationsbeklagten für den dadurch erwachsenen Schaden zu haften, entbinden könne, da sie, möge man nun die Bestimmungen des französischen, oder die des römischen Rechts für anwendbar halten, verbunden gewesen sei, dafür zu sorgen, daß das Frachtgut in einen Zustand gebracht werde, der weitere Verluste verhütet hätte;

In Erwägung, daß die Cassations-Klägerin in der zweiten Richtung ihres ersten Cassations-Mittels behauptet, in diesem Erkenntnisse liege eine Verletzung der Art. 1782 und 1784 des bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art. 103 des Handelsgesetzbuchs, sowie eine Verletzung der in dem obergerichtlichen Urtheile angeführten römischen Gesetzesstellen, indem, wenn der Art. 1782 den Frachtführer für die Erhaltung (conservation) der ihm zum Transport übergebenen Sachen, wie den Gastwirth für

*) Das Handelsgesetzbuch der K. Preuß. Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert von Broicher und Grimm. Köln, 1835. S. 3. 233.

die Erhaltung der ihm anvertrauten Sachen verantwortlich erkläre, dies nur in dem Sinne zu nehmen sei, daß der Eine, wie der Andere das ihm anvertraute fremde Gut vor jedem Schaden bewahren müsse, den es, während es ihm anvertraut sei, erleiden könnte, was sie aber nicht verbinde, durch zu veranlassende Reparaturen für Abwendung eines Schadens zu sorgen, der aus einem bereits bei der Uebernahme der Sache bestandenen Mangel derselben erwachse, der Art. 1784 vielmehr den Frachtführer von aller Verantwortlichkeit freispreche, wenn er beweisen könne, daß der Verlust oder das Verderb der Sache durch Zufall oder höhere Gewalt herbeigeführt worden sei, und der Art. 103 des Handelsgesetzbuchs den Fuhrmann ausdrücklich für Havarien nicht verantwortlich erkläre, die ihre Quelle in einem der Sache inwohnenden Fehler hätten, der Schaden aber, der aus der schlechten Verpackung oder dem schlechten Verschlusse einer Sache entspringe, unter eine der angegebenen, die Verantwortlichkeit des Transportanten aufhebenden Kategorien falle, was auch jenen römischen Gesetzesstellen entspreche, woraus denn folge, daß das Beweisanerbieten der Cassationsklägerin allerdings ein erhebliches gewesen sei und ohne Verletzung des Gesetzes nicht hätte unbeachtet bleiben können;

In Erwägung, daß nicht in die Prüfung der Frage einzugehen ist, in wie ferne im Allgemeinen der Frachtführer verbunden ist, für Waaren, welche in Folge mangelhafter Verpackung während des Transports Schaden leiden können, conservatorische Maßregeln zu ergreifen, da jedenfalls nach der von der Cassationsklägerin selbst bezeichneten Beschaffenheit des Falls, dieselbe nicht in der Weise handeln konnte, wie sie gehandelt hat, ohne sich rechtlich begründeten Garantieansprüchen der Cassationsbeklagten auszusetzen;

In Erwägung nämlich, daß wenn das Faß, als Erstere es zur Weiterbeförderung übernahm, sich schon in einem so schlechten Zustande befand, daß darin die Ursache des weiteren Manco's erkannt werden muß, der sich bei dessen Ankunft in Mainz ergab, und sie dies nach ihrer eignen Angabe wußte, ihr nur die rechtliche Alternative offen stand, entweder die Weiterbeförderung in diesem Zustande zu verweigern und der Verwaltung der Main-Weser-Bahn zu überlassen, erst Maßregeln zur Verhütung weiteren Auslaufens zu ergreifen, um sich gegen weitere Ansprüche des Bestellers auf Schadenersatz zu sichern, oder, wenn sie sich, ohne dies vorangehen zu lassen, mit der Weiterbeförderung befassen wollte, selbst das Nöthige zu jener Verhütung vorzukehren, sie aber nicht, dem Zwecke zuwider, für welchen das Faß in Magdeburg der Eisenbahn überliefert wurde, es in dem gegenwärtigen Zustande weiter transportiren durfte, selbst auf die Gefahr hin, es leer am Bestimmungsorte ankommen zu lassen, sie vielmehr

durch Uebernahme der Weiterbeförderung die Verbindlichkeit einging, diese zweckentsprechend zu besorgen;

In Erwägung, daß hiernach auch die zweite Richtung des ersten Cassationsmittels als unbegründet verworfen werden muß;

In Erwägung, daß das Obergericht, davon ausgehend, daß die Cassations-Klägerin dadurch, daß sie auf den Frachtbrief hin, mit welchem das Faß in Magdeburg der Eisenbahn übergeben wurde, direct dessen Weiterbeförderung an den Addressaten übernommen habe, in alle Verbindlichkeiten des Frachtführers aus jenem Frachtbriefe für den ganzen Transport von dort an eingetreten sei, sie daher bezüglich des auf diesem Transport eingetretenen Schadens den Cassationsbeklagten nicht an die Eisenbahnen verweisen könne, die vor ihr den Transport besorgt hätten, sie nicht blos für den Manco, der sich von dem Zeitpunkte an ergab, wo sie die Weiterbeförderung des Fasses übernahm, sondern auch für den Manco als ersatzpflichtig erkannte, der bereits bei der Uebernahme eingetreten war;

In Erwägung, daß die Cassationsklägerin in ihrem zweiten Cassationsmittel behauptet: das Obergericht habe hier den Art. 103 des Handelsgesetzbuchs verletzt und den Art. 99 desselben, sowie den Art. 1382 des Civilgesetzbuchs übel angewendet, indem, sofern nicht das Gesetz Anderes verfüge, wie in den Art. 1384 und 1994 des Letzteren, und in dem von Spediteuren handelnden Art. 99 des Ersteren, Jeder nur für seine eigenen Handlungen und Unterlassungen hafte, die Cassations-Klägerin auch um so weniger von dem Cassations-Beklagten wegen des Schadens, der während des Transports ihrer Vorgänger erwachsen sei, angegangen werden könne, als sie, wie das Obergericht selbst als feststehend angenommen habe, nicht zu dem mitteldeutschen Eisenbahnverbande gehöre, auf welchen der Frachtbrief laute, und, wenn sie auch auf ihn die Weiterbeförderung übernommen habe, doch dadurch um so weniger eine Succession in die Verbindlichkeiten ihrer Vorgänger eingetreten sei, als sie die Weiterbeförderung nur übernommen habe, nachdem die Verwaltung der Main-Weser-Bahn auf dem Frachtbriefe bemerkt habe, das Faß befinde sich in einem schlechten Zustande und zeige einen Manco von 37 Pfund;

In Erwägung, daß allerdings, wenn der spätere Frachtführer auf denselben Frachtbrief hin die Weiterbeförderung übernimmt, er damit dem gegenüber, für welchen transportirt wird, anerkennt, daß ihm die Waare in demselben Zustande überliefert worden sei, in welchem sie demselben gemäß ursprünglich zum Transport übergeben worden, und er diesem gegenüber nicht Einwände aus Beschädigungen schöpfen kann, welche die Waare während des Transports der früheren Frachtführer erlitten haben soll.

In Erwägung, daß dies eine Ausnahme erleidet, wenn der spätere Frachtführer die Waare von dem früheren nur übernommen hat, nachdem auf dem Frachtbrief der Zustand der Waare bei der Uebernahme constatirt war, indem er dann in Folge dieses Zusatzes einem neuen Frachtbrief gleichsteht und den späteren Frachtführer nur verbindet, die Waare in dem Zustande zu überliefern, in dem sie ihm nach diesem Zusatze überliefert wurde;

In Erwägung daher, daß der von der Cassations-Klägerin angebotene Beweis, daß jene Notiz von der Verwaltung der Main-Weser-Bahn vor oder bei Uebergabe des Fasses dem Frachtbriefe beigefügt worden, ein erheblicher war und in Folge des zweiten Cassationsmittels das Urtheil des Obergerichts in so fern cassirt werden muß, als darin die Cassations-Klägerin, ohne Berücksichtigung jenes Anerbietens, sofort auch bezüglich jenes Mancos als ersatzpflichtig erkannt worden;

In Erwägung, daß die Cassations-Klägerin sich auch darauf bezog, daß in dem §. 12 Pos. 6 des Reglements für den Gütertransport auf der Taunus-Bahn hervorgehoben werde, daß für „Leccage“ nie Ersatz geleistet werde, das Obergericht jedoch diese Einrede als unbegründet erkannte und die Cassations-Klägerin in ihrem dritten Cassationsmittel behauptet, hierin liege eine Verletzung der Art. 6, 1133 und 1134 des bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art. 98 des Handelsgesetzbuchs;

In Erwägung, daß der Cassationsbeklagte dieses Mittel mit Recht als unzulässig bestreitet;

In Erwägung nämlich, daß das Erkenntniß des Obergerichts auf einer der Kritik des Cassationshofs nicht unterliegenden Interpretation obiger Bestimmung beruht, indem es davon ausging, daß unter „Leccage“ sowohl nach allgemeinem Sprachgebrauche als auch nach jenem Reglement nur ein in Folge des Verletzens des Fasses eintretendes langsames Ausrinnen, Auströpfeln oder Aussickern seines Inhaltes, keineswegs aber ein Auslaufen, wie hier, verstanden werden könne;

In Erwägung, daß zwar das Obergericht hinzufügt, daß jene Bedeutung des Wortes „Leccage“ um so mehr als die richtige anzusehen sei, als die Bedingung, daß die mit Gütertransport sich befassende Eisenbahn, welcher der Kaufmann sein Gut anvertrauen müsse, nie für Leccage hafte, wollte man diese Bedingung in dem ausgedehnten Sinne, den ihr die Cassations-Klägerin beizulegen suche, nehmen, als eine der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten zuwiderlaufende Stipulation erachtet werden müßte, indem dann auch das durch ein grobes Verschulden der transportirenden Eisenbahn oder ihrer Leute verursachte Auslaufen keinen Rückgriff begründen würde, einer solchen Stipulation aber nach

den Gesetzen aller Staaten, namentlich auch nach römischem und französischem Rechte, keine Geltung zugestanden werden könne;

In Erwägung jedoch, daß diese zusätzliche Betrachtung obiges Cassationsmittel nicht als ein zulässiges erscheinen lassen kann, da, wenn sie selbst unrichtig wäre, damit die Interpretation, welche das Obergericht jener Bestimmung des Reglements gab, und auf welche es sein Erkenntniß baute, nicht hinwegfallen würde;

In Erwägung in revisorio, daß aus den zum zweiten Cassationsmittel entwickelten Gründen die Cassations-Klägerin zu dem von ihr erbotenen Beweise, selbst durch Zeugen, zuzulassen ist: daß die auf dem vorliegenden Frachtbriefe befindliche Notiz der Verwaltung der Main-Weser-Bahn vor oder bei Uebergabe des Fasses an die Taunus-Bahn auf demselben gesetzt wurde; —

Aus diesen Gründen

verwirft Gr. Oberappellationsgericht, als Cassationshof erkennend, die von dem Cassations-Beklagten dem ersten und zweiten Cassationsmittel entgegengesetzten Unzulässigkeitseinreden als unbegründet, erklärt dagegen das dritte Cassations-Mittel als unzulässig;

verwirft das erste Cassationsmittel als unbegründet, cassirt dagegen in Folge des zweiten Cassationsmittels das Urtheil des Obergerichts vom 19. Juli 1856 in so fern, als darin, ohne Berücksichtigung des subsidiären Beweisanerbietens der Cassations-Klägerin, sofort der Appell derselben auch in Betreff des Manco's, bezüglich dessen sie nach der Notiz auf dem Frachtbriefe behauptete, daß er schon vorhanden gewesen, als sie die Weiterbeförderung des Fasses übernommen habe, als unbegründet verworfen wurde. —

In revisorio zu Recht erkennend — — —

weist es den Antrag der Cassations-Klägerin, den Cassations-Beklagten zur Bezahlung der in ihrer Gegenklage geforderten Fracht und Spesen zu verurtheilen, als unzulässig ab. — —

Aus diesem Erkenntnisse ergeben sich also folgende Sätze:

1) Eine Eisenbahn-Actien-Gesellschaft ist, als das Frachtfuhrwesen gewerblich betreibend, Handelsgesellschaft. Eine aus dem Transporte erwachsene Differenz ist sonach Handelssache.

2) Ein späterer Frachtführer hat, wenn ihm ein Frachtgut in so schlechtem Zustande zur weiteren Beförderung gebracht wird, daß in diesem ihm bekannten Zustande der Grund drohenden weiteren Schadens erkannt werden muß, zum Schutze gegen Ansprüche auf Ersatz desselben nur die Alternative: entweder Ablehnung dieser weiteren Beförderung, oder Verhütung des während derselben drohenden Schadens.

3) Uebernimmt ein Frachtführer auf Grund eines früheren (nicht auf ihn lautenden) Frachtbriefes die weitere Beförderung der Waare, so erkennt er damit dem gegenüber, für welchen transportirt wird, an, daß sie ihm in dem Zustande überliefert worden sei, in welchem sie dem Frachtbriefe gemäß ursprünglich zum Transport übergeben wurde, und muß sonach für den Schaden haften, den sie während des Transports der früheren Frachtführer erlitt, es sei denn, daß er die Waare übernommen hatte, nachdem auf dem Frachtbriefe der Zustand derselben constatirt worden war.

4) Ein Erkenntniß über die Frage: was unter „Leccage" zu verstehen sei, ist factischer Natur, daher dem Cassationsrecurs unzugänglich.

Bopp.

## 39.

## Juristische Natur des Dampfschleppschiffs-Vertrags.

Die unter dem Namen „Ruhrorter Dampfschleppschiffahrtsgesellschaft" zu Ruhrort bestehende Aktiengesellschaft, deren Zweck „die Beförderung von Kohlen- und anderen Güterschiffen, sowie von Frachtgütern auf dem ganzen Rheinstrom" ist, hat sich durch Vertrag mit dem Schiffer Schn. verpflichtet, dessen Schiff Maria von Cöln nach Mainz und Mannheim zu schleppen. Dieses Schiff soll durch den Remorqueur der Gesellschaft Nr. 5 bei Niederlahnstein in den Grund gebohrt sein. Der Schiffer hat die Gesellschaft bei dem Handelsgericht zu Cöln auf Schadensersatz belangt, diese jedoch die Competenz des Handelgerichts bestritten, weil der Vertrag kein eigentlicher Transportvertrag, und sie kein Frachtführer im Sinne der Art. 632 und 103 ff. des Handelsgesetzbuchs sei. Art. 632, welcher toute entreprise de transport par terre ou par eau für ein Handelsgeschäft erkläre, beziehe sich nur auf diejenigen Transportunternehmungen, von welchen die Art. 96 und 103 sprächen. Der Führer eines Dampfschleppschiffes, der die Fortbewegung eines anderen Schiffes übernehme, gebe nur die hiezu erforderliche bewegende Kraft her, etwa wie ein Landmann, der mit seinen Pferden einem Frachtwagen Vorspann leiste. Er übernehme aber die Custodia des geschleppten Schiffes und der in demselben befindlichen Waaren nicht, vielmehr verbleibe die Detention des Schiffes und seines Inhaltes dem Führer des letztern.

Das Obertribunal zu Berlin hat jedoch, in Uebereinstimmung mit dem Handelsgericht und dem Appellhof zu Cöln, die Einrede der Incompetenz durch Urtheil vom 28. April 1857 verworfen:

In Erwägung, daß nach den Feststellungen im angefochtenen

Urtheil der Zweck der verklagten Dampfschleppschifffahrtsgesellschaft in der Fortschaffung von Kohlen- und anderen Güterschiffen auf dem ganzen Rheinstrome besteht, und daß die geschleppten Schiffe während der Dauer des Schleppens unter der Leitung der Dienstleute der Gesellschaft stehen *);

daß also der Zweck und die Thätigkeit der Gesellschaft in einem Transportunternehmen zu Wasser im Sinne des Art. 632 des Handelsgesetzbuchs besteht, indem die geschleppten Schiffe mit ihrem Inhalt die Transportobjecte bilden, für welche die Gesellschaft nach den allgemeinen für solche Unternehmungen bestehenden Grundsätzen — insoweit dieselben nicht durch speziellen Vertrag in gültiger Weise modificirt worden — einzustehen hat, wobei es ganz gleichgültig erscheint, ob außer der Thätigkeit der Dienstleute der Gesellschaft auch die Schiffer auf den geschleppten Schiffen mitthätig sein müssen, und einen Theil der Verantwortlichkeit für die ihnen anvertrauten Waaren und Schiffe zu tragen haben.

(Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle. Bd. XXIV. S. 238—240.)

## X. Creditgeschäfte und Zahlung.

### 40.

### Abrechnung als selbstständiger Klagegrund.

In einem Urtheil des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 24 Februar 1857 heißt es:

Eine Abrechnung zwischen Gläubiger und Schuldner ist ein genügender selbstständiger Klagegrund, sofern sie die Merkmale eines obligatorischen Rechtsgeschäfts an sich trägt. Bei Geltendmachung des Anspruchs aus einer Abrechnung ist auch die nähere Angabe der einzelnen verrechneten Forderungen nicht erforderlich; doch hat derjenige, welcher sich auf die Abrechnung beruft, wenigstens im Allgemeinen das Rechtsgeschäft oder das Rechtsverhältniß, welches der Gegenstand der Abrechnung gewesen, anzuführen.

(Zeitschr. für Rechtspfl. in Braunschweig 1857 Nr. 5.)

---

*) In dieser Beziehung heißt es im Urtheil des Appellhofes: „Kein Schiffer ist berechtigt, dem Capitain (des Schleppschiffes) oder dessen Mannschaft Ordres zu geben, welche die Führung des Schleppers oder den Dienst auf demselben überhaupt betreffen, sondern jeder im Schleppzuge befindliche Schiffer hat alle ihm durch den Capitain zugehenden, das Schleppen betreffende Weisungen pünktlich zu befolgen."

## 41.

### Contocorrent. Novation durch Aufnahme eines Postens in den Contocorrent und durch Anerkennung des Saldo *).

Das Oberhofgericht zu Mannheim hat in Sachen Fürstenberg c. Hauser u. Simon durch Urtheil vom 15. September 1857 folgende Sätze ausgesprochen:

Dem Saldo eines Contocorrents kann zwar unter Handelsleuten und bezüglich ihrer eigentlichen Handelsgeschäfte die Wirkung der Novation beigelegt werden. Doch ist eine Novation, die überhaupt nicht vermuthet werden kann, nicht anzunehmen bezüglich eines in den Contocorrent zweier Geschäftsfreunde, deren Eigenschaft als Handelsleute nicht einmal behauptet worden ist, aufgenommenen verbürgten Darlehns, welches der Eine Geschäftsfreund dem Anderen gemacht hat. Wenn auch der Darleiher den vom Schuldner aufgestellten Contocorrent und Saldo anerkannt hat, so läßt sich hieraus allein seine Absicht, auf die aus dem Schuldschein ihm zustehenden Rechte zu verzichten, um so weniger folgern, als er dann auch, nach L. R. S. 1278. 1281, seine Bürgen verloren hätte, und sich kein Grund denken läßt, weshalb er diese Sicherheit hätte aufgeben sollen.

(Magazin für Badische Rechtspflege III. S. 445. 446.)

## XI. Wechselrecht **).

## 42.

### Zeit der Ausstellung. Accept.

Das Datum des Wechsels lautet Stettin den 1. September 1858. Der Zahlungstag ist der 15. Januar 1858. Das Accept lautet Angenommen per 25. Januar 1858.

---

*) Vgl. Seuffert's Archiv XII Nr. 17. Kletke Sammlung Präjudizien Nr. 213. 918. 1358. 1360. 1361. 1363.

**) Bei der überaus großen Zahl von Entscheidungen Deutscher Gerichte in Wechselsachen habe ich mich auf die Mittheilung der mir handschriftlich zugegangenen u., bis auf eines, noch ungedruckten Urtheile beschränken müssen. Doch soll, um den Lesern dieser Zeitschrift ein möglichst vollständiges Bild der Deutschen Praxis zu gewähren, dem nächsten Heft ein Präjudizienregister aller seit Anfang 1857 veröffentlichten erheblicheren Entscheidungen in Wechselsachen beigegeben werden. D. H.

Der verklagte Acceptant behauptet, daß es dem Wechsel an einem Datum fehle. Der erste Richter, das Stadtgericht zu Berlin, weist um deswillen die Klage zurück. Das Kammergericht hält jeden Mangel durch das Accept gedeckt und verurtheilt den Acceptanten. Das Obertribunal hat auf eingelegte Revision das erste Urtheil hergestellt.

Gründe.

Der Entscheidungsgrund des Appellationsrichters kann für durchgreifend nicht erachtet werden. Wenn es auch richtig ist, daß das Wechselaccept eine selbstständige Verpflichtung für den Acceptanten begründet: so ist dies doch nicht so zu verstehen, daß die wechselmäßige Verpflichtung aus dem Accept völlig unabhängig von dem Wechsel selbst eintritt; es setzt vielmehr das Accept, wenn es wirksam sein soll, einen mit den wesentlichen Erfordernissen versehenen Wechsel voraus, und es ist unkräftig, wenn und wo diese Voraussetzung fehlt. Das bestimmt der Art. 7 der W. O. unzweideutig, welcher lautet:

„Aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (Art. 4) fehlt, entsteht keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Auch haben die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) keine Wechselkraft.“

So wenig hiernach das Accept zu einem bestimmten Tage das im Wechsel fehlende wesentliche Erforderniß der Zahlungszeit zu decken vermag, ebensowenig vermag dies der dem Accepte beigefügte Zusatz per 25. Januar 1858 bezüglich der im Wechsel fehlenden Ausstellungszeit. — Die Lösung der Frage, ob der eingeklagte, Stettin den 1. September 1858 — von einem Tage mithin wo die Ausstellung unmöglich erfolgt sein kann, datirte, seinem Contexte nach am 25. Januar 1858 fällige, und ausdrücklich per 25. Januar 1858 acceptirte Wechsel giltig ist, muß demnach anderswo gesucht werden. Der Appellationsrichter würde die Frage verneint haben, wenn es sich um Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Aussteller und die Giranten handelte; es ist aber kein stichhaltiger Grund erfindlich, in dieser Beziehung zwischen dem Acceptanten und den Wechselgaranten zu unterscheiden. Der erste Richter dagegen hat sie unbedingt verneint, und darin ist ihm für einen Fall der vorliegenden Art beizupflichten. Nach Art. 4 Nr. 6 der W. O. ist die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung ein wesentliches Erforderniß des gezogenen Wechsels. Bei der Berathung des entsprechenden §. 4 Nr. 6 des preußischen Entwurfs wurde nach dem Conferenz-Protokoll vom 25. Oktober 1847. IV. die Frage aufgeworfen, ob es überall der Angabe des Datums für den Wechsel bedürfe. Darauf ist registrirt;

„Man ließ es aber bei der Bestimmung des §. 4 bewen-

> den und hielt es nicht erforderlich, durch die Fassung des §. 4 anzudeuten, daß das Datum das **wirkliche Datum** der Ausstellung sein müsse."

Dem entsprechend wurde die Bestimmung des preußischen Entwurfs unverändert in die Wechsel-Ordnung aufgenommen. Nun berechtigen zwar weder diese Bemerkung des Conferenz-Protokolls, noch auch die Fassung des Art. 4 Nr. 6, so weit zu gehen, die Wesentlichkeit der erforderten Angabe der Ausstellungszeit in die Angabe der wahren Zeit der Ausstellung zu setzen und eine Unrichtigkeit in der Datirung schlechthin für dem Art. 4 Nr. 6 nicht gemäß, mithin einen Wechsel mit einer solchen Datirung nach Art. 7 der W. O. für ungiltig zu erklären. Denn nicht die absolute Richtigkeit der Ausstellungszeit, sondern nur die Angabe des Monatstages und Jahres der Ausstellung überhaupt ist zum wesentlichen Erforderniß des Wechsels erhoben. Soweit eine Unrichtigkeit dabei nicht äußerlich in die Augen fällt, läßt sich einem Wechsel nicht ansehen, ob er auch wirklich an dem angegebenen Tage unterschrieben ist, während, wenn die Giltigkeit des Wechsels davon, also von einem Umstande abhängig gemacht werden sollte, wovon sich ein Dritter nur in den seltensten Fällen Ueberzeugung verschaffen kann, dies, wie bereits in zutreffender Weise von dem Ober-Tribunal bezüglich eines in der Angabe des Ausstellungsortes unrichtigen Wechsels unter Herrschaft der landrechtlichen Wechselordnung (Entscheid. Bd. 2 S. 140. 141) ausgeführt worden ist, den Wechselverkehr zerstören würde.

Anders aber, wenn die Unrichtigkeit der Ausstellungszeit dergestalt in die Augen fällt, daß, wie im vorliegenden Falle, jedermann aus der im Contexte ausgedrückten Zahlungszeit sehen muß, daß der Wechsel zu der angegebenen Zeit nicht ausgestellt sein kann, und die angegebene Ausstellungszeit nicht einmal den Schein der Richtigkeit trägt. Die Erheblichkeit des Unterschiedes zwischen einer solchen Datirung und dem Falle der Datirung von einer, wenn auch unrichtigen, doch möglichen Zeit liegt auf der Hand. Soll die vom Gesetz als wesentliches Requisit des Wechsels erforderte Angabe des Monatstages und Jahres der Ausstellung nicht jede Bedeutung verlieren und zur leeren Form herabsinken, so muß jedenfalls darunter eine solche Unrichtigkeit der Datirung, die zu einer Jedermann erkennbaren Unmöglichkeit führt, ausgeschlossen sein. Ist auch die Wichtigkeit der Datirung überhaupt hauptsächlich nur bei Sicht Wechseln erkennbar gemacht, so läßt sich dieselbe doch auch im Allgemeinen nicht in Abrede stellen, da von ihr unter Anderem die Beurtheilung der Wechselfähigkeit abhängig ist. Eine Datirung der vorliegenden Art würde dem die Grundlage entziehen, sie kann dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen und stellt sich demnach

als eine solche dar, welche dem Art. 4. Nr. 6 nicht gemäß ist. Ist dies richtig, so muß der eingeklagte Wechsel mit einem solchen, welcher der Ausstellungszeit ganz entbehrt, auf gleicher Linie behandelt werden, und ist dann seine Ungiltigkeit in Gemäßheit des Art. 7 die nothwendige Folge. Bei der Natur des Wechsels als eines strengen Formalactes, kann von der Replik, daß ein Schreibfehler in der Datirung obwalte, nicht die Rede sein. Abgesehen davon, daß die Zulassung einer solchen Replik zu den bedenklichsten Consequenzen führen würde, führt sie auch nicht weiter, da ein Schreibfehler ebensogut bezüglich der im Contexte des Wechsels angegebenen Fälligkeitszeit vorwalten kann, und so immer die Gewißheit fehlt, das Accept zu einem bestimmten Tage allein aber nicht entscheidet.

Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin vom 12. Juni 1858 in Sachen M. Lehmann'sche Concursmasse in Berlin, Verklagte und Revidentin, wider die ritterschaftliche Privatbank für Pommern zu Stettin, Klägerin und Revisin.

Volkmar.

## 43.

1) Enthält der Ausdruck: „Ende Januar 1858" eine bestimmte Verfallzeit?
2) Bedarf es zur Begründung der Regreßansprüche aus einem Wechsel gegen einen Preußen stets der Legalisation des Protestes, wenn ein solcher außerhalb Preußens von einem nichtpreußischen Notare aufgenommen worden ist?
3) Genügt es bei der Protestirung des Wechsels, wenn der letztere nach dem Wortlaut des Protestes „den Kaufleuten H. M. Conitz und Comp." zur Zahlung vorgelegt ist?
4) Ist bei der Erhebung des Protestes gegen den besonders genannten Domiciliaten die Nachfrage nach dem Bezogenen erforderlich?
5) Wie ist der Ort der Protestaufnahme zu bezeichnen?

Diese Fragen sind in dem nachfolgenden Urtheil des Obertribunals zu Berlin vom 29. Juni 1858 zur Erörterung gediehen.

Die Gründe dieses Erkenntnisses lauten:

Die Beschwerden der von dem Kl. eingelegten Revision und der von ihm eingeführten und als Revision zu behandelnden Nichtigkeitsbeschwerde erscheinen überall begründet. Der Kl. hat den Wechselregreß gegen den Verkl. zunächst

1) aus 2 von Arnz u. Comp. auf Herbig zu Leipzig gezogenen,

von diesem acceptirten und zu Leipzig Mangels Zahlung notariell protestirten Wechseln d. d. Düsseldorff den 23. Oktober 1857 über 1500 Thlr. resp. 600 Thlr. genommen. a) In diesen beiden Wechseln ist die Zahlungszeit auf „Ende Januar 1858" festgesetzt. Der Appellationsrichter hat hierin die Festsetzung einer dem Art. 4. Nr. 4 der Wechselordnung entsprechenden Zahlungszeit nicht gefunden und deshalb beide Wechsel für ungiltig erklärt. Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Es ist von dem Obertribunal bereits in dem im Archiv für Rechtsfälle Bd. 13. S. 275 veröffentlichten Erk. v. 15. Juli 54 ausgeführt und seitdem in constanter Rechtssprechung zur Geltung gebracht, daß einer derartigen Festsetzung der Zahlungszeit weder an sich, noch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die dem Art. 4. Nr. 4 der W. O. entsprechende Genauigkeit und Bestimmtheit dahin, daß die Zahlung beider Wechsel am letzten Tage des Monats December 1858 erfolgen soll, versagt werden kann. — b) Im Uebrigen ist die Aechtheit der Indossamente des Verkl. nicht bemängelt und sind auch die zu beiden Wechseln gehörigen notariellen Proteste d. d. Leipzig den 1. Februar 58 rechtzeitig und in gesetzlicher Vorschrift entsprechenden Form bewirkt worden. Die auf die mangelnde Legalisation derselben gestützte Bemängelung hat keinen Grund, da aus den Protesturkunden die amtliche Qualität des Protestanten als königlich Sächsischen immatriculirten Notars hervorgeht, der Unterschrift das Amtssiegel beigedrückt und die dadurch begründete Vermuthung der Aechtheit und der staatlichen Befähigung des Verfassers zur Aufnahme derartiger Acte von dem Verkl. durch specielle unter Beweis gestellte Behauptungen auch im Entferntesten nicht erschüttert ist.

Was sodann

2) den auf die beiden Domicilwechsel d. d. Düsseldorff den 29. September 57 über 4200 resp. 3800 Mark Banco gegründeten Regreßanspruch anlangt, so ist auch bezüglich dieser beiden Wechsel die Aechtheit des Indossaments des Verkl. nicht bemängelt, vielmehr nur Erinnerungen gegen die Form und den Inhalt des dazu gehörigen, im Uebrigen rechtzeitig bewirkten Protestes d. d. Hamburg den 29. Januar 1858 vorgebracht worden. Dieselben sind indeß ebenfalls für begründet nicht zu erachten. a) Die Protesturkunde ist von einem Hamburger Notar unter Beidrückung seines Amtssiegels ausgefertigt. Der gerügte Mangel einer diplomatischen Beglaubigung ist aus dem obigen, auch hier zutreffenden Grunde unerheblich. b) Nach Inhalt der Protesturkunde sind die beiden Wechsel den darauf benannten Domiciliaten „den Kaufleuten Herren H. M. Conitz und Comp.", zur Zahlung vorgezeigt und haben „dieselben" die Zahlungsweigerung erklärt. Bei dem Vorhandensein von Domicilwechseln mit benannten Domiciliaten genügt

dies und es bedarf nicht außerdem noch der Erwähnung, daß auch nach dem Bezogenen gefragt und gegen diesen protestirt worden. c) Wenn der Appellationsrichter seine abweichende Entscheidung wesentlich darauf gründet, daß nach Inhalt der Protesturkunde die Wechsel der Firma H. M. Conitz und Comp. nicht aber den Personen, welche die Firma bilden, vorgelegt worden und daß deshalb der Hamburger Protest ungültig sei, so ist auch dies als richtig nicht anzuerkennen, weil durch die Fassung des Protestes in Wirklichkeit die die Firma tragenden Personen erkennbar gemacht und als redend aufgeführt sind. d) Da auch der Ort der Protestaufnahme aus dem Proteste hervorgeht, der Mangel der nähern Bezeichnung des Geschäftslokals oder der Wohnung der Domiciliaten aber um so weniger für ein die Giltigkeit des Protestes beeinträchtigendes Moment zu erachten ist, als sich die Domiliciaten auf die Präsentation der Wechsel zur Zahlung erklärt haben, ohne eine etwaige Ungehörigkeit des Ortes gemäß Art. 91 der W. O. zu rügen, so stellt sich auch wegen dieser beiden Wechsel der Regreßanspruch als begründet dar.

Heilborn.

## 44.

### Der Indossant eines Wechsels ist als solcher kein Bürge.

Unterm 6. April 1857 cassirte das Oberappellationsgericht in Darmstadt, als Cassationshof für die Provinz Rheinhessen, zwei Urtheile des Bezirksgerichts in Alzey vom 24. Juli und 29. Oktober 1856 *), davon ausgehend, zur Begründung des zweiten Cassationsmittels reiche schon die Betrachtung hin, daß der Art. 2037 des bürgerlichen Gesetzbuchs blos vom Bürgen handelt, der Indossant eines Wechsels aber kein Bürge ist, sohin auch nicht als solcher, sondern aus der selbstständigen Verbindlichkeit in Anspruch genommen wird, den Wechsel zu bezahlen, sobald ihm rechtlicher Ordnung nach nachgewiesen ist, daß der Zieher nicht zahlt. Da nun der andere Richter, indem er den Einwand der Unanwendbarkeit dieses Artikels auf den vorliegenden Fall verworfen habe, denselben übel angewendet und die rechtliche Natur der Verbindlichkeit des Indossanten durch deren Verwechslung mit jener eines Bürgen völlig verkannt habe, so müsse dessen Urtheil vom 24. Juli und folgerecht das darauf gebaute Urtheil vom 29. Oktober 1856 cassirt werden. B.

---

*) In Sachen des Leopold Levi in Worms gegen Kaufmann Heinrich Hasselbach in Osthofen.

## 45.

### Kann nach Preußischen Gesetzen der Inhaber eines Wechsels, welcher auf „Thaler Courant“ lautet, gezwungen werden, die Wechselsumme in Preußischen Kassen-Anweisungen anzunehmen?

Der Kaufmann P. zog auf den Kaufmann H. unter dem 6. April 1856 einen auf „einen Thaler Preuß. Courant“ lautenden Wechsel. H. acceptirte und bot am Fälligkeitstage dem Trassanten die Zahlung in einem preußischen Einthaler-Kassenscheine an. Dieser verlangte Zahlung in baarem Gelde und verweigerte die Annahme der Kassen-Anweisung. In dem in Folge dessen von dem P. angestrengten Wechselprocesse erkannte das Stadtgericht zu Berlin:

> Da die Weigerung des Klägers, die vom Verklagten in einer Kassenanweisung angebotene Zahlung der Wechselsumme anzunehmen, gesetzlich gerechtfertigt ist, indem nach §. 6 des Edicts vom 7. September 1814 Tresor- und Thalerscheine nur nach freier Uebereinkunft zwischen Geber und Empfänger in Zahlung gereicht werden könnten, eine Bestimmung, welche durch die später wegen Ausgabe neuer Papiergeldsorten erlassenen Gesetze, namentlich das letzte Gesetz vom 19. Mai 1851 wegen Anfertigung und Ausgabe neuer Kassenanweisungen, nicht aufgehoben, vielmehr auf diese neuen Papiergeldsorten, insbesondere die nach dem letztgedachten Gesetze ausgegebenen Kassenanweisungen lediglich übertragen worden ist (§. 6 a. a. O.);
>
> Da auch die Wechselordnung an dieser Vorschrift nichts geändert hat, namentlich auch der Art. 38 derselben dem Kläger nicht entgegensteht, weil Kassenanweisungen, wenn der Gläubiger sie nicht annehmen will, ein Zahlungsmittel überhaupt nicht bilden und daher auch nicht die durch sie geleistete Zahlung unter Berücksichtigung des durch den Umsatz gegen Metallgeld etwa erwachsenen Agioverlustes als Abschlagszahlung angesehen werden kann;

Verklagter schuldig, dem Kläger bei Vermeidung der Wechselexecution die Summe von 1 Thlr. nebst 6% Zinsen seit dem 17. August 1856 zu zahlen und die Proceßkosten zu tragen, beziehungsweise zu erstatten, gehalten.

Ein Rechtsmittel ist nicht eingelegt.

D.

## 46.

### Gewährt Art. 29 der D. W. O. ein Klagerecht auf Sicherheitsbestellung auch gegen den Acceptanten?

X. Eigenthümer eines auf ihn girirten und von Y. acceptirten Wechsels, fällig am 21. Januar 1858, ließ bei Y., der Ende November 1857 notorisch seine Zahlungen einstellte, am 10. December 1857 Protest Mangels Sicherheitsbestellung aufnehmen und klagte aus Art. 29 und 81 der Deutschen Wechselordnung am 20. December 1857 gegen diesen Acceptanten:

> daß er zur Vermeidung der Wechselexecution Sicherheit dafür, daß der Wechsel am Verfalltage bezahlt werde, bestelle.

Dieser Klage opponirte der Beklagte, daß §. 29 der Deutschen Wechselordnung ein solches Recht dem Kläger nicht beilege. Nach diesem Widerspruch hat auch das Commerz- und Admiralitätscollegium zu Danzig den Kläger unter Kostenlast mit der Klage abgewiesen, und hat dies Urtel in Ermangelung einer Appellation die Rechtskraft beschritten.

Die Gründe sind:

Der Art. 23 der Wechselordnung verpflichtet den Acceptanten die acceptirte Summe zur Verfallzeit zu bezahlen.

Die Verpflichtung, vor der Verfallzeit zu zahlen, oder für die zu leistende Zahlung Sicherheit zu bestellen, ist dem Acceptanten in der Wechselordnung nicht auferlegt. Denn der Art. 29, welcher von der Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten handelt, ist nicht nur ein Theil der Lehre von dem Regresse auf Sicherstellung, was aus der Ueberschrift bei VI. vor Art. 25 hervorgeht, sondern schreibt auch bestimmt vor, daß die Sicherstellung von den Vormännern gefordert werden kann. Von dem Wechselregresse ist gegen den Acceptanten nicht die Rede, dieser ist der eigentliche Verpflichtete, die Rechte gegen die Vormänner kommen erst dann, wenn dieser seine Verpflichtung nicht erfüllt hat, zur Sprache.

Die Vorschrift des §. 1085. Tit. 8. Th. II. des Allg. L. R., nach welcher im Falle der Zulässigkeit eines Arrestschlages von dem Acceptanten Sicherstellung gefordert werden konnte, ist in die Deutsche Wechselordnung nicht aufgenommen. Die Vorschriften des Civilrechts über Darlehen — §. 759. Tit. 11. Th. I. des Allg. L. R., können auf Wechselverpflichtungen nicht ausgedehnt werden.

Allerdings setzt der im Art. 29 gestattete Regreß gegen die

Vormänner voraus, daß die Sicherheit von dem Acceptanten nicht geleistet wird, allein aus dieser Voraussetzung folgt nicht die Verpflichtung des Acceptanten, die Sicherheit zu leisten. Der Inhaber hat zu versuchen, ob er die Sicherstellung von dem Acceptanten erlangen kann, ehe er die Vormänner in Anspruch nehmen darf. Ein Recht gegen den Acceptanten, von diesem die Sicherstellung zu fordern, ist in dem Artikel 29 nicht ausgedrückt. Es kann mithin der Satz im §. 92 der Einleitung zum Allg. Landrechte: Aus dem Rechte des Einen folgt die Pflicht des Andern zur Leistung oder Duldung dessen, was die Ausübung des Rechts erfordert, nicht dazu dienen, um die Verpflichtung des Acceptanten zu begründen.

Das Protokoll der Leipziger Conferenz vom 5. November 1847 gewährt kein Material zur Beurtheilung der vorliegenden Frage, indem die Erörterung in derselben die Zulässigkeit des Regresses gegen Vormänner, nicht aber die Verpflichtung des Acceptanten betrifft.

Die Vorschrift im Artikel 81 der Wechselordnung, nach welcher jeder Wechselverpflichtete für Alles haftet, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat, steht dem Kläger nicht zur Seite. Denn sie bezieht sich auf die Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit, welche darin besteht, daß der Wechsel am Verfalltage bezahlt werde. Deshalb haftet der Acceptant für die Regreßansprüche des Wechselinhabers nach Art. 50. 51 neben der acceptirten Summe, welche am Verfalltage nicht bezahlt worden ist. Der Anspruch auf Sicherstellung betrifft nicht die Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit, sondern beruht auf der Wahrscheinlichkeit, daß die Wechselverbindlichkeit nicht erfüllt werden wird.

Allerdings ist von dem Königl. Obertribunal in dem Band 20 der Entscheidungen Seite 343 abgedruckten Urtheil nach der Ansicht des Klägers entschieden worden. Allein diese Entscheidung verbindet das erkennende Gericht nicht (§. 6 der Einleitung zum Allg. L. R.). Den in der Entscheidung angeführten Grund, daß aus der Pflicht des Wechselinhabers, von dem Acceptanten Sicherstellung zu verlangen, bevor er auf die Vormänner zurückgeht, das Recht, auf die Sicherstellung gegen den Acceptanten zu klagen, folgt, hat das erkennende Gericht nicht für durchgreifend erachtet. Ein Klagerecht gegen den Acceptanten ist unter Voraussetzung der im §. 21. Tit. 29 der Allg. Prozeßordnung vorgeschriebenen Erfordernisse allerdings vorhanden, allein dasselbe bezieht sich nicht auf den Wechselprozeß. Es muß in dem im ersten Abschnitt des 29. Titels der Allg. Prozeßordnung vorgeschriebenen Verfahren geltend gemacht werden.

2.

## 47.

### Der auf der Rückseite eines acceptirten Wechsels befindliche mit einer Namensunterschrift versehene Vermerk eines Dritten „angenommen für die Hälfte des Werths" begründet eine wechselmäßige Verpflichtung *).

Der Färbereibesitzer B. hat auf der Rückseite zweier auf den X. gezogenen und acceptirten Wechsel d. d. Neu-Ruppin den 19. Januar 1857 folgenden Vermerk

„angenommen für die Hälfte des Werths"

mit seiner Namensunterschrift unterzeichnet. Der Bezogene löste bei Verfall die Wechsel nicht ein. In Folge dessen klagte der Inhaber dieser Wechsel, Kaufmann G., gegen den Färbereibesitzer B. auf Zahlung der Hälfte der Wechselbeträge im Wechselprocesse. Er behauptete, daß B. durch die Unterzeichnung der gedachten Vermerke die Accepte mitunterzeichnet und sich als Bürge für die Hälfte der Wechselsumme verpflichtet habe.

B. bestritt, daß durch die Unterzeichnung der Vermerke eine wechselmäßige Verpflichtung für ihn entstanden sei, und beantragte die Abweisung des Klägers.

Durch die Erkenntnisse des Königlichen Kreisgerichts zu Neu-Ruppin vom 29. Juli 1857 und des Kammergerichts vom 19. August 1857 wurde Kläger mit der erhobenen Wechselklage abgewiesen.

Das Ober-Tribunal hat unter dem 26. September 1857 auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt.

### Gründe.

Obwohl der Appellationsrichter selbst anerkannt hat, daß es, um wechselmäßig als Bürge zu haften, genügt, wenn nur die Bürgschaftserklärung sich auf dem Wechsel, gleichviel ob auf dessen Vorderseite oder Rückseite, befindet, hat er doch die wechselbürg-

*) Dieses Urtheil ist auch in die Sammlung der „Entscheidungen des Königlichen Obertribunals" Bd. 37 S. 291 ff. aufgenommen. Vgl. dazu das Urtheil des Obertribunals vom 20. September 1855. (Archiv f. Rechtsfälle XIX. S. 43 ff.) und Renaud Lehrbuch des Wechselrechts 2. Aufl. §. 76.

Anmerk. d. Herausgebers.

schaftliche Verhaftung des Verklagten aus dem auf der Rückseite der beiden eingeklagten und von dem Bezogenen acceptirten Tratten befindlichen, mit der Unterschrift des Verklagten versehenen Vermerke: „angenommen für die Hälfte des Werthes" um deshalb ausgeschlossen, eines Theils, weil dieser Vermerk in keiner Weise mit den auf den Vorderseiten der Wechsel stehenden Accepten des Bezogenen correspondire, anderen Theiles, weil nichts darauf hindeute, daß der gedachte Vermerk in der Absicht aufgeschrieben sei, sich solchergestalt dem Wechselaussteller als Bürge wechselmäßig zu verpflichten, folglich davon nicht die Rede sein könne, daß der Verklagte die Wechsel im Sinne des Art. 81 der Wechsel-Ordnung als Bürge mit unterzeichnet habe. Diese Ausführung beruhet auf einer zu engen und unrichtigen Auffassung des Art. 81 der Wechsel-Ordnung.

Das erste Alinea des Artikels 81 bestimmt, daß die wechselmäßige Verpflichtung unter Anderem einen Jeden trifft, welcher den Wechsel, die Wechselcopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat. Eine bestimmte Stelle des Wechselpapiers, auf welcher die Mitunterschrift geschehen sein muß, wenn sie eine gewisse wechselmäßige Mitverhaftung begründen soll, ist hierin nicht absolut vorgeschrieben, anderer Seits ist aber auch nicht jede Stelle und nicht jede Form zur Hervorbringung jener Wirkung ausreichend, es findet dies vielmehr schon seine nothwendige Beschränkung durch die Vorschrift des Art. 12 der Wechsel-Ordnung, nach welcher ein *bloßer auf der Rückseite* stehender Name als Blanco-Indossament gilt, und in gleicher Weise, offenbar auch aus gleichem Grunde, bestimmt das 3 Alinea des Art. 21, daß es für eine unbeschränkte Annahme des Wechsels dann gilt, wenn der Bezogene *ohne weiteren Beisatz seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite* des Wechselpapiers schreibe. Unter Festhaltung dieser nothwendigen Begrenzung und in Betracht des Begriffs der Mitunterzeichnung läßt der Art. 81 die Auffassung zu, daß sich die Mitunterschrift, wenn sie eine bestimmte, wechselmäßige Mitverhaftung begründen soll, auf dem Wechselpapier örtlich überhaupt so darstellen muß, daß sie in unzweifelhafter Beziehung zu der von einem Andern durch seine Unterschrift documentirten Wechselerklärung steht, dergestalt, daß aus dieser Beziehung mit voller Zuverlässigkeit und ohne weitern Beweis erkannt werden kann, daß der Mitunterzeichnende gerade die Folgen dieser bestimmten, von dem Dritten unterzeichneten Wechselerklärung durch seine Mitunterzeichnung hat übernehmen wollen. Unter dieser Voraussetzung haftet er mit als Solidar-Wechselschuldner, auch wenn er sich dabei nur als Bürge benannt hat. Es leuchtet von selbst ein, daß die Beziehung der Mitunterschrift zu

der Unterschrift des Dritten nicht bloß durch die örtliche Stellung der beiden Namensunterschriften unter oder neben einander, sondern auch durch eine zusätzliche, wörtlich ausgedrückte Bezeichnung der Beziehung mit voller Zuverlässigkeit erkennbar gemacht werden kann. Ist dies letztere geschehen, so muß ein solcher Vermerk, selbst wenn er sich auf der Rückseite des Wechsels befindet, geeignet sein, die Wirkung des Art. 81 hervorzubringen; das Vorhandensein eines Blanco-Indossaments wird jeden Falls durch die bei der Namensunterschrift zum Ausdruck gekommenen Beziehung zu der Unterschrift eines Andern und zu der von diesem durch dieselbe übernommenen Wechselverpflichtung ausgeschlossen. In dem vorliegenden Falle ist eine solche zusätzliche Bezeichnung der Beziehung der Unterschrift des Verklagten zu der des Acceptanten für vorhanden anzunehmen: durch die seiner Namensunterschrift hinzugefügten Worte: „angenommen für die Hälfte des Werths", wenn gleich sich Beides auf der Rückseite der beiden Wechsel befindet.

Der Grund des Appellationsrichters, daß die gedachten Vermerke in keiner Weise mit den auf den Vorderseiten befindlichen Accepten correspondirten, ist, wie die Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht bemerkt, unklar. Ist darunter eben nur der Mangel der auf zuverlässige Weise zum Ausdruck gebrachten Beziehung der Vermerke zu den Accepten geleugnet, so hat jener Grund in Vorstehendem seine Erledigung gefunden; ist dagegen der Mangel der Correspondenz nur in die in den Vermerken ausgesprochene Beschränkung der Verhaftung auf die Hälfte der acceptirten Summe gesetzt, so tritt die Verletzung des Art. 81 noch bestimmter hervor; denn es leuchtet von selbst ein, daß die im Art. 81 an die Mitunterzeichnung geknüpfte Wirkung dadurch nicht ganz aufgehoben werden kann, daß der Mitunterzeichnung eine ausdrückliche Beschränkung der Mitverhaftung auf einen geringern Betrag beigefügt ist, es folgt daraus vielmehr nur ebenso, wie bei einem auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränkten Accepte, Art. 22, daß der so Mitunterzeichnende wechselmäßig eben nicht weiter und nicht auf eine höhere Summe haftet, als wozu er sich bei der Mitunterzeichnung ausdrücklich verpflichtet hat.

Sodann geht aber aus dem Art. 81 auch hervor, daß die wechselmäßige solidarische Haftung an die bloße Mitunterzeichnung geknüpft ist, ohne daß es dabei eines besondern Ausdruckes oder Nachweises der Absicht des Mitunterzeichnenden, sich wechselmäßig oder als Wechselbürge für den bestimmten Wechselschuldner verbindlich machen zu wollen, bedarf. Das Gesetz verbindet die Absicht, wechselmäßig zu haften, schlechthin mit der Mitunterzeichnung als Regel, und es bleibt dem Mitunterzeichnenden, falls er die Uebernahme dieser Wirkung überhaupt nicht, oder nicht in ihrem vollen Umfange will, nur frei, solches seiner Namensunterschrift

ausdrücklich hinzufügen. Wenn demnach der Appellationsrichter hier den Art. 81 auch um deshalb von der Anwendung ausgeschlossen hat, weil nichts darauf hindeute, daß die gedachten Vermerke von dem Verklagten in der Absicht aufgeschrieben seien, sich solchergestalt als Bürgen dem Aussteller wechselmäßig zu verpflichten, der Appellationsrichter sonach neben der Mitunterzeichnung noch einen besondern Ausdruck oder Nachweis der Absicht, sich einer bestimmten Person als Bürge wechselmäßig zu verpflichten, verlangt, so ist auch dieser Entscheidungsgrund auf eine unrichtige Auffassung des Art. 81 zurückzuführen. In der That enthalten aber auch jene Vermerke einen so klaren und bestimmten Ausdruck der Absicht des Verklagten, für die Hälfte des Werthes beider Wechsel als Wechselverpflichteter einstehen zu wollen, daß diese selbst vom Standpunkte des Appellationsrichters nicht zu bezweifeln ist. H.

## 48.

### Protest mangels Sicherheit beim Domiciliaten? Ersatz der Provision und Protestkosten. Intervention eines Indossanten.

D. in Liverpool, Acceptant eines Wechsels de dato Smyrna den 14. September 1857 über 400 Liv. St., gezogen 3 Monate dato auf ihn, zahlbar London bei G., fallirte; der Wechselinhaber M. S. ließ am 11. Novbr. 1857 bei D. dem Acceptanten zu Liverpool und am 12. November 1857 bei G. Protest Mangels Sicherheitsbestellung aufnehmen und verlangte mit diesem Proteste von seinem Vormann L. vergebens Sicherheitsbestellung. Der Klage des M. S., in welcher am 10. Decb. 1857 bei dem Commerz- und Admiralitätscollegium zu Danzig angetragen wurde:

> den L. unter Kostenlast zu verurtheilen, auf seine Kosten gegen Empfang des Sicherheitsprotestes für die Bezahlung der 400 Liv. St. und 4 Liv. Unkosten an Protestkosten und Provision bei Verfall genügende Sicherheit auf besagten Wechsel zu bestellen oder dies namentlich durch gerichtliche Deposition von 404 Liv. St. zu thun,

wurden vom Beklagten L. die in dem nachstehenden Urtheil erwähnten Einwendungen entgegengesetzt.

Der Gerichtshof (gegen dessen Urtel keine der Parteien ein Rechtsmittel ergriff, zumal die Hauptsache sich durch die in London am 14. December erfolgende Deckung des Wechsels erledigte) hat erkannt:

> daß Kläger M. S. schwöre, wie er nicht erfahren und nicht

wisse, daß der bezeichnete Wechsel am 14. December 1857 in London bezahlt sei,

und daß im Schwörungsfalle:

der Verklagte schuldig, dem Kläger gegen Empfang des Protestes dafür genügende Sicherheit bestellen, daß der Wechsel am Verfalltage bezahlt werde;

im Nichtschwörungsfalle Kläger mit der Klage auf diese Sicherstellung abzuweisen; jedenfalls der Kläger mit der Klage auf Sicherstellung von 4 Liv. Protestkosten und Provision abzuweisen und der Verklagte in Tragung bezüglich Erstattung der Prozeßkosten zu verurtheilen.

Die Gründe lauten dahin:

Dem auf Art. 29 der Wechselordnung gestützten Klageantrage widerspricht der Verklagte, welcher den Wechsel als Indossant weiter begeben hat, weil

1) der Sicherstellungsprotest gegen den Acceptanten nicht am Zahlungsorte des Wechsels London aufgenommen ist. Es wird auf die Vorschrift des Art. 43 der Wechselordnung Bezug genommen, nach welchem die Präsentation domicilirter Wechsel zur Zahlung an dem Orte geschehen muß, wohin der Wechsel domicilirt ist. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig, weil der Antrag auf Sicherstellung nach Art. 29 bei dem Acceptanten, welcher die Zahlungen eingestellt hat, zu machen und gegen ihn zu protestiren ist, um von den Vormännern Sicherstellung zu erlangen und nach Art. 91 alle bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Acte in dem Geschäftslocale oder in deren Ermangelung in deren Wohnung vorgenommen werden müssen. Der Sicherheitsprotest ist im Geschäftshause des Acceptanten in Liverpool, dem im Wechsel bezeichneten Wohnorte desselben, aufgenommen. Art. 43 bezieht sich auf die Präsentation zur Zahlung eines domicilirten Wechsels, kann mithin auf die Präsentation an den Acceptanten zur Sicherstellung vor der Verfallzeit nicht angewendet werden,

2) weil der Indossant M. A. am 25. November 1857 bei J. P. in London die zur Deckung des Wechsels nöthigen 400 L. niedergelegt hat, wovon die Klägerin am 2. December unterrichtet gewesen ist. Diese bestreitet die erfolgte Niederlegung und giebt nur zu, daß sie benachrichtigt worden ist, daß ein gewisser P. bei Verfall Zahlung leisten werde. Sie hat den über die Niederlegung zugeschobenen Eid zwar angenommen, allein für unerheblich erklärt. Dadurch, daß ein Vormann die Summe bei einem Handlungshause, welches nach dem Inhalte des Wechsels und der Indossamente nicht zu den Wechselberechtigten gehört, niederlegt, und daß dieses

Haus die Zusage ertheilt Wechsel bei Verfall zu zahlen, folgt nicht, daß der Inhaber des Protestes genügende Sicherheit erhält. Ob das Versprechen des Dritten, Zahlung leisten zu wollen, dem Berechtigten Sicherheit gewährt, läßt sich nicht beurtheilen, selbst wenn dieser Dritte sich im Besitze der zu zahlenden Summe befindet. Der Berechtigte ist nicht verpflichtet, sich mit dem Angelöbnisse eines Andern zu begnügen (§. 183 Tit. 14 Thl. I. A. L. R.) Die Niederlegung der Wechselsumme durch A. bei P. entspricht nicht der Befugniß des zur Sicherstellung aufgeforderten Vormannes. Denn die Niederlegung soll bei Gericht oder bei einer andern zur Annahme von Depositen berechtigten Behörde oder Anstalt erfolgen (Art. 25. 29 der Wechselordnung). Das Handlungshaus P. gehört nicht zu den ermächtigten Depositionsanstalten. Die Niederlegung bei diesem Hause bewirkt nicht die Ausschließung des Rechtes der Klägerin, anderweitige Sicherstellung zu fordern (Art. 27 a. a. O.)

3) weil der Wechsel am 14. December, dem Verfalltage, bezahlt worden ist. Diese Behauptung, welche durch den deferirten und de ignorantia angenommenen Eid erwiesen werden soll, ist auf die verlangte Sicherstellung von Einfluß, weil, wenn die Verbindlichkeit zur Zahlung erfüllt ist, der Anspruch auf die Sicherstellung der zu leistenden Zahlung von selbst wegfällt.

4) weil die Sicherstellung in Betreff der Kosten für den Sicherheitsprotest und für die gezahlte und die für sich geforderte Provision, welche 4 Livr. St. betragen, nicht gefordert werden kann.

Dieser Widerspruch ist für begründet zu erachten. Denn der Anspruch auf Sicherstellung ist in Art. 29 der Wechselforderung auf die acceptirte Summe beschränkt. Der Kosten des Protestes, der Auslagen und Provision geschieht in diesem Artikel keine Erwähnung. Daß diese Ansprüche gegen den Indossanten bei nicht geleisteter Zahlung Seitens des Acceptanten dem Inhaber, welcher den Wechsel Mangels Zahlung hat protestiren lassen, und dem Indossanten, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, zustehen (Art. 41. 50. 51 der Wechselordnung), begründet den Anspruch darauf bei der Forderung der Sicherstellung nicht, weil sie von der am Verfalltage nicht geleisteten Zahlung und von der Aufnahme des Protestes wegen Nichtzahlung abhängen*).

*) Die Zurückweisung der Unkosten erscheint nach §. 25 der deutschen Wechselordnung, auf welche § 29 zurückweist, nicht gerechtfertigt!

Die vorstehende Entscheidung in der Hauptsache ändert die Verpflichtung des Verklagten zur Tragung und Erstattung der Prozeßkosten nicht. Denn die am 10. December angestellte Klage war begründet, indem der Verklagte zur Sicherstellung verpflichtet ist, die Pluspetition von 4 Liv. St. hat auf den Betrag der Prozeßkosten keinen Einfluß. Wenn nun der eingeklagte Anspruch durch eine nach der Insinuation der Klage geschehene Zahlung des Wechsels seine Erledigung finden sollte, so wird dadurch die Entscheidung über die vom Verklagten bestrittene Verbindlichkeit behufs Regelung des Kostenpunktes nicht ausgeschlossen und diese ist zum Nachtheile des Verklagten ausgefallen.

L.

## 49.

## Fälschung der Summe eines bereits acceptirten Wechsels. Umfang der Haftung des Acceptanten.

Gegen den Acceptanten wird von dem Indossatar ein Wechsel eingeklagt, dessen Betrag im Context des Wechsels auf 1500 Rthlr. angegeben ist. Der Verklagte behauptet, daß zu der Zeit als er den Wechsel acceptirt, die Summe nur auf 500 Rthlr. gelautet habe; daß der Aussteller demnächst die Wechselsumme gefälscht habe und daß er Verklagter somit nur für 500 Rthlr. hafte.

Die Vorderrichter, das Kreis-Gericht zu Tilsit und das Appellations-Gericht zu Insterburg, haben diese Einrede für zulässig und erheblich geachtet. Das Obertribunal ist dem beigetreten.

### Gründe.

Zunächst haben die Vorderrichter mit Recht den Einwand des Verklagten, daß die in dem eingeklagten Wechsel verschriebene Summe erst nach Beifügung seines Accepts von 500 Rthlr. auf 1500 Rthlr. erhöht worden sei, für rechtlich zulässig erachtet.

Allerdings hat die Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung in den Art. 75 und 76 nur in Betreff der Verfälschungen der Wechsel-Unterschriften, Accepte und Indossamente Bestimmungen getroffen, den Fall der Verfälschung des Inhalts des Wechsels mithin nicht ausdrücklich vorgesehen. —

Allein abgesehen davon, daß der Artikel 23 den Acceptanten nur verpflichtet, „die von ihm acceptirte" — also nicht eine ohne seine Zustimmung erhöhte — Summe zu zahlen, so ergibt sich auch aus den der Emanation der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung vorangegangenen Verhandlungen, daß nicht beabsichtigt worden

ist, die aus Verfälschungen des Inhalts des Wechsels hergenommenen Einwendungen im Wechselprozeß dadurch für unwirksam zu erklären, daß darauf bezügliche Vorschriften in die Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung nicht aufgenommen worden sind. —

Der ursprüngliche preußische „Entwurf einer Wechselordnung" (Berlin 1845) enthielt in den Abschnitten XVII und XVIII mehrere specielle Bestimmungen über Korrekturen, Rasuren und andere sichtbare Veränderungen an Wechseln und Accepten, sowie über falsche Wechsel und Indossamente. Es wurde jedoch bereits bei den Berathungen der zu diesem Behufe ernannten Kommission (Sitzung vom 17. December 1845 p. 134 der Protokolle den Entwurf einer Wechselordnung betreffend, Berlin 1845) geltend gemacht, daß jene Bestimmungen theils unvollständig theils ungerechtfertigt, daß es aber auch überhaupt zweckmäßiger sei, bei Fälschungen die ordentlichen Gesetze zur Anwendung zu bringen und die Aufnahme specieller Bestimmungen in das Wechselrecht zu vermeiden. Mit Rücksicht hierauf wurde, wenn gleich der aufgestellte Satz:

> daß die Wechselverbindlichkeit jedes für den Wechsel Verhafteten voraussetze, daß der Wechsel zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs wider ihn sich noch in demselben Zustande befinde, in welchem er sich befunden, als seine Wechselverbindlichkeit zur Existenz gelangt sei,

unangefochten blieb, beschlossen, sich für gänzliche Streichung der vorgedachten Abschnitte auszusprechen (Sitzung vom 19. December 1845 p. 1845). In diesem Sinne äußerte sich auch der Kommissionsbericht, Berlin 1846 p. 113, in welchem nur die Feststellung einiger — im Wesentlichen den Art. 75 und 76 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung entsprechender — Grundsätze befürwortet wurde. —

Der unter Berücksichtigung der Vorschläge der vorgedachten Kommission von der demnächst zusammengetretenen Staatsraths-Kommission beschlossene, den Berathungen der Leipziger Conferenzen zum Grunde gelegte Entwurf nahm demnächst — in den §§. 71 und 72 — auch nur diejenigen Bestimmungen auf, welche in die Artikel 75 und 76 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung übergegangen sind, und es wurde in den Motiven zu denselben ausgesprochen, daß man mit Rücksicht auf die Bedenken und Schwierigkeiten, welche sich einer, die verschiedenartigen Fälle von Verfälschungen und die dadurch bewirkten Rechtsverletzungen vollständig umfassenden Gesetzgebung entgegenstellten, vorgezogen habe, den rechtlichen Einfluß derartiger Verfälschungen auf die Verpflichtungen der Wechsel-Interessenten in jedem einzelnen Falle richterlicher Beurtheilung nach civilrechtlichen Principien zu überlassen. —
(Motive zu §. 71. 72; Leipziger Protokolle LXXI.)

Hieraus ergibt sich, daß bei Emanation der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung beabsichtigt worden ist, die aus Verfälschungen des Wechsels hergenommenen Einreden, soweit sie sich nach allgemeinen Grundsätzen als begründet darstellen, auch als im Wechselrechte beruhend, und somit unter die erste Kategorie des Artikel 82 fallend anzuerkennen.

Hievon ausgegangen, muß der Einwand eines Acceptanten, daß der Wechsel zur Zeit der Ertheilung seines Accepts auf eine geringere Summe, als die zur Zeit der Klage-Anstellung hervorgehende gelautet habe, für erheblich gelten, weil seine Verbindlichkeit nicht weiter reicht, als er sie eingegangen ist, aus der unerlaubten Handlung der Fälschung Seitens Andrer aber Verpflichtungen für ihn nicht erwachsen. Es ist daher auch gleichgültig, ob der Erwerber des Wechsels in gutem oder bösem Glauben gewesen ist, ob ihm eine Fahrlässigkeit bei Prüfung des Wechsels zur Last fällt oder nicht.

Diesen Grundsätzen schließen sich auch die Lehrer des Wechselrechts aus der Zeit vor uud nach der Emanation der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung an.

> Thöl, Wechselrecht §. 288. — Koch, Privatrecht Band II. S. 627. — Renaud, Wechselrecht §. 16. — Hoffmann, über Wechselfälschung und Wechselverfälschung in Siebenhaar und Tauchnitz Archiv Bd. 6. Heft 3. S. 236.

Erkenntniß des Ober-Tribunals in Berlin vom 3. Juni 1858 in Sachen der Firma Wittwe Johann Leonhardt Klägerin zu Tilsit wider den Kupferschmiedmeister Schettler Verklagten zu Tilsit.

B.

## 50.

### Lautet die Zahlungszeit einer als Wechsel bezeichneten Urkunde „vier Wochen (einen Monat) à dato," so ist ein bestimmter Verfalltag nicht vorhanden.

In einer mit den sonstigen Erfordernissen eines Wechsels am 12. Oktober 1857 ausgestellten Urkunde lautete der Verfalltag „vier Wochen (einen Monat) à dato". Auf Grund dieses Instruments erhob der Inhaber gegen den Acceptanten die Wechselklage. Dieselbe wurde durch die Verfügung des Stadtgerichts zu Berlin vom 27. Januar 1858 zurückgewiesen, weil in dem Schriftstücke die Bezeichnung eines bestimmten Verfalltages vermißt wurde.

Der Kläger erhob über diese Verfügung Beschwerde. Diese wurde indeß für unbegründet erachtet. Der desfallsige Bescheid des Kammergerichts vom 3. Februar 1858 lautet:

Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehört nach Art. 4. Nr. 4 der Wechselordnung die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, und namentlich die Bestimmung einer bestimmten Zeit nach dem Tage der Ausstellung.

Dieses Erforderniß liegt nicht vor, denn, indem der vorliegende Wechsel 4 Wochen oder einen Monat nach dem 12. Oktober pr. fällig geworden, ist es ungewiß, ob dessen Zahlungstag der 9. oder 12. November pr. hat sein sollen. Es muß deshalb bei der erfolgten Zurückweisung der Klage sein Bewenden behalten.

H.

## 51.

### Ist aus einem abhandengekommenen und demnächst amortisirten Wechsel im Gebiete des preußischen Rechtes die Wechselklage zulässig?

Es wird vielfach gestritten, ob auf Grund des Art. 73 der W. O. der Eigenthümer eines verloren gegangenen Wechsels nach Einleitung des Amortisationsverfahrens den ihn aus dem Wechsel zustehenden Anspruch auf die Wechselsumme im Wege des Wechselprozesses oder nur im gewöhnlichen Prozesse zur Geltung bringen kann.

Die aus §. 9. 11. tit. 27. Th. I. A. G. O. gegen die Anwendung des Wechselprozesses bei Ansprüchen aus verloren gegangenen Wechseln sich ergebenden Bedenken sind in nachstehendem Falle zur praktischen Erörterung gediehen.

Der Friseur L. verlor einen ihm indossirten Wechsel vom 22. November 1854 über 49 Thlr. 29 Sgr., fällig am 15. Juli 1855. Durch Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 30. Oktober 1856 wurde der Wechsel für amortisirt erklärt. L. erhob nunmehr gegen den angeblichen Acceptanten dieses Wechsels, den Kaufmann W. die Wechselklage auf Zahlung der Valuta. Er fügt seiner Klageschrift das Amortisationserkenntniß nebst einer Abschrift des Wechsels bei und trat Beweis über das Vollziehen des Accepts durch den Verklagten durch Berufung auf Zeugen und Eidesdelation an.

Der Verklagte bestritt, den Wechsel acceptirt zu haben.

Das Stadtgericht zu Berlin wies durch Erkenntniß vom 17. September 1857 — aus hier nicht weiter interessirenden Gründen — den Kläger mit der Wechselklage ab.

Der Kläger ergriff Rekurs. Das Kammergericht wies den Rekurs durch folgenden Bescheid vom 7. Oktober 1857 zurück.

Durch das ergangene Erkenntniß sind Sie nur mit der Wechselklage abgewiesen und ist diese Entscheidung gerechtfertigt, weil Sie nicht den Original-Wechsel vom 22. November 1854 zu beschaffen im Stande gewesen sind.

Der §. 4 der A. G. O. Th. I. Tit. 27. bestimmt, daß zum Behufe der Einleitung der Wechselklage der Originalwechsel beigebracht werden muß, und ist es nach §. 11. l. c. wesentlich, daß dem Verklagten der Originalwechsel zur Recognition oder Diffession vorgelegt wird. Eine Abschrift des Wechsels und das Amortisationserkenntniß können hier die Stelle des Originalwechsels nicht vertreten. In den Bestimmungen der Prozeß-Ordnung ist durch die allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung nichts geändert und insbesondere kann aus dem Artikel 73 derselben nicht die Aufhebung der oben allegirten Gesetzesstellen gefolgert werden *).

H.

## 53.

## Die Wechselverjährung wird auch durch die Einklagung eines Theiles der Wechselforderung unterbrochen.

Der Kaufmann S. klagte aus einem am 18. März 1854 fällig gewesenen Wechsel über 400 Rthlr. am 5. December 1857 gegen den Acceptanten G. auf Zahlung von 40 Rthlrn. Das desfallsige Mandat wurde am selbigen Tage dem Verklagten behändigt und ging in Rechtskraft über. Am 19. April 1858 klagte S. auf Zahlung von anderweiten 40 Rthlr. gegen G. aus demselben Wechsel. Der Letztere erhob den Einwand der Verjährung, indem er der Ansicht war, daß durch die frühere Klage die Verjährung nur hinsichtlich der damals eingeklagten 40 Rthlr. unterbrochen worden sei.

Das Stadtgericht zu Berlin erkannte indeß unter dem 26. April 1858 nach dem Klageantrage. Den vom Verklagten er-

*) Der mitgetheilte Fall ist meines Wissens der erste, in welchem diese Streitfrage von einem preußischen Gerichte zum Austrag gebracht worden ist. Wenigstens ist die Lösung derselben in den durch den Druck veröffentlichten Rechtssprüchen nicht enthalten. Der im Archiv für Rechtsfälle von Striethorst Bd. 3. S. 170 mitgetheilte Fall beruht auf einer anderen thatsächlichen Grundlage. In jenem Rechtsstreite war der Originalwechsel mit der Klage überreicht und erst nach geschehener richterlicher Prüfung verloren gegangen. H.

griffenen Rekurs wies das Kammergericht durch folgenden Bescheid vom 12. Mai ej. a. zurück:

Die Ausführung in der Rekursschrift vom 1. d. M. erscheint nicht gerechtfertigt, denn durch die Einklagung auch nur eines Theiles der Wechselforderung ist die Verjährung des Wechsels unterbrochen und von Neuem nicht wieder eingetreten.

H.

# Litteratur.

## IX. Beiträge zur Lehre von den Banken von Dr. A. Wagner. XVI. u. 340. S. 8. Leipzig 1857. Leopold Voß.

Wir haben in den letzten Jahren so manche Schrift über das Bankwesen erhalten, die von auffallender Unkenntniß der auf diesem Gebiet vor Allem in Betracht kommenden englischen Erfahrungen und Untersuchungen zeugte, daß wir mit um so größerer Freude die vorliegende Arbeit begrüßen, deren Verdienst grade in einer sorgfältigen und fleißigen Benutzung des reichen Materials besteht, das in englischen Schriften, Parlamentsberichten u. s. w. über diese Frage vorliegt. Der Verfasser geht nach einigen Capiteln mehr einleitender Art, in denen er seine Vorliebe für unbedingte Freiheit des Verkehrs in Bezug auf das Zettelbankwesen ausspricht und manche den Zettelbanken neuerdings gemachte Vorwürfe zurückweist, über zur Besprechung der beiden Hauptarten, auf welche Zettelbanken fremdes Capital zur Benutzung erlangen, der Depositenannahme und der Notenemission. Die erstere behandelt er verhältnißmäßig kurz, bei Weitem der größere Theil des Buches ist der Besprechung der Zettelausgabe, und zwar speciell der Darstellung des Streits zwischen currency und banking principle, zwischen Anhängern und Gegnern der Peelsakte gewidmet. An diese Frage knüpft sich bekanntlich seit mehreren Jahrzehnten jede englische Untersuchung über Bankwesen an und es war deßhalb ein glücklicher Gedanke des Verfassers die ganze Entwicklung dieses Streits einmal im Zusammenhange vorzuführen. Er hat denselben ohne Zweifel im Ganzen mit richtiger Kritik und passender Hervorhebung des Wissenswürdigsten ausgeführt. In der Entwicklungsgeschichte des Streites mußte er zurückgehen auf die Bankrestriktionsperiode, denn in dem bullion report und den Schriften von Ricardo liegt schon der Grundirrthum der später von Normann, Torrens und besonders Lord Overstone ausgebildeten reinen Geldtheorie, nämlich das ganz übertriebene Gewicht, welches für die Gestaltung der Preisverhältnisse auf die Menge der umlaufenden Zahlungsmittel gelegt wird ohne Beachtung ihrer Umlaufsgeschwindigkeit und der in den Angebotsverhältnissen der Waaren selbst vorgehenden Veränderungen. Während aber zur Zeit der Bankrestriktion

es sich um uneinlösliches Papiergeld handelte, dessen Vermehrung allerdings sehr leicht eine Werthverminderung derselben hätte zur Folge haben können, machte die neuere Schule den noch größern Fehler einer Circulation jederzeit mit Leichtigkeit einlöslicher Banknoten eine dem baaren Gelde oder uneinlöslichen Papiergelde gleichartige, von Wechseln, Buchkredit und den übrigen Arten, auf welche der Kredit Zahlungen vermittelt, durchaus verschiedene Wirkung auf die Preise zuzuschreiben. Sie erklärte in großer Einseitigkeit die Veränderungen der Preise, der Wechselkurse und der Handelsbilanz, welche Handelskrisen vorausgehen und sie begleiten, ganz überwiegend aus veränderter Menge der umlaufenden Banknoten und Münzen und machte demgemäß in dem Peel'schen Bankgesetz den Versuch, durch Einwirkung auf die Menge der umlaufenden Noten etwaiger Ueberspeculation und daraus hervorgehender Geldausfuhr entgegenzuwirken. Der Verfasser legt die Verkehrtheit dieser Ansicht und die Unrichtigkeit des Princips, auf welchem das Peel'sche Bankgesetz beruht, mit den hauptsächlich von Tooke gelieferten Beweismitteln in genügender Weise dar. Eine Vermehrung der Notencirculation hat in der Ueberspeculation vor den englischen Krisen gar nicht oder doch nur ganz unbedeutend stattgefunden, Wechsel und Buchkredit lieferten fast ausschließlich die Mittel zu den vermehrten Werthumsätzen. Es war daher in dieser Beziehung eine Beschränkung der durch Baarvorräthe nicht gedeckten Notenausgabe der Bank von England überflüssig, insofern aber durch das Peel'sche Gesetz auch eine ungefährliche Ausdehnung des Notenumlaufes verhindert wird, hat derselbe mitunter nachtheilig gewirkt. Namentlich wird die Beschränkung immer in sehr lästiger Weise in großen Geldkrisen fühlbar sein, wenn auf dem Höhepunkt derselben der Abfluß der Baarvorräthe nach dem Auslande aufgehört hat, die Wechselkurse durchaus günstig geworden sind und eine liberale Kreditgewährung von Seiten der Bank von ganz unberechenbarem Werthe und ohne Bedenken ist. Den Beweis dafür geben die Krisen von 1847, die der Verfasser ausführlich erörtert, und die im vorigen Herbst kurz nach dem Erscheinen dieses Buches eingetretene, in denen beiden das Gesetz hat suspendirt werden müssen. — In der Darlegung dieser Verhältnisse können wir dem Verfasser im Wesentlichen nur beistimmen, eine etwas eingehendere Prüfung hätten unserer Meinung nach aber zwei Punkte verdient, auf welche die Anhänger des Peel'schen Gesetzes in ihrer Vertheidigung sich hauptsächlich stützen. Einmal behaupten sie, daß das Gesetz bei dem Abfluß der Baarvorräthe vor der Krisis die Bankdirektion doch zeitiger zu restriktiven Maaßregeln nöthige und in Folge der schwindenden Reserven ein Hinausschieben der Diskontoerhöhung bis zum letzten Augenblick, wie es früher vorgekommen, unmöglich mache, dann aber daß die Einlösbarkeit der Banknoten erst durch dies Gesetz vollkommen gesichert sei. Namentlich den letzten Grund führen sie in neuerer Zeit immer in erster Linie auf. Wenn andrerseits und auch von dem Verfasser der vorliegenden

Schrift erinnert wird, daß durch die beabsichtigte Sicherstellung der Noten die Zahlungsfähigkeit der Bank in Bezug auf die Depositen im Herbst 1847 gefährdet sei, so werden sie das durchaus nicht zugeben (siehe z. B. die Aussage des Bankdirektors Morris im Lords report on commercial distress 1848 Nr. 439. 440, nach welcher die Bankdirektion in dieser Beziehung gar keine Befürchtungen hegen zu dürfen glaubte) und gesetzten Falls würden sie darin nur eine grobe Mißverwaltung der Bank sehen und es nur um so besser finden, daß dieselbe jetzt mit der Notenemission Nichts mehr zu schaffen habe. Wer Geld bei der Bank von England deponirt, kann ihrer Meinung nach wie der Gläubiger jeder andern Bank für sein Interesse selbst sorgen, dagegen wünschen sie für die Noten der Bank von England, weil sie ein so überaus bequemes unentbehrliches Zahlungsmittel des gewöhnlichen Lebens sind, dessen Annahme Niemand verweigern kann, ja sogar gesetzlich nicht verweigern darf, eine besondere Sicherung in ähnlicher Weise, wie sie der Münzstempel des Staates für das geprägte Gold und Silber gibt.

In dem letzten Theile der Schrift kommt der Verfasser auf die Nachtheile und Vortheile der großen Banken überhaupt zu sprechen und das ist der Abschnitt, in dem Referent am wenigsten mit ihm übereinstimmen kann. Der Verfasser sucht nachzuweisen, wie die großen Centralbanken zu verschiedenen Malen durch Niederhalten des Diskontos die Speculationsperiode verlängert und später durch plötzliche Erhöhung die Krisis verschlimmert, und folgert daraus, daß ihr Bestehen überhaupt schädlich und volle Freiheit des Bankwesens und der Notenausgabe allein die rationelle Bankgesetzgebung sei. Es ist nicht unsere Absicht auf diesen Streit hier näher einzugehen. Das wird dem Verfasser gewiß allseitig zugegeben werden, daß in den erörterten Fällen die Leitung der großen Banken nicht ganz tadellos gewesen sei. Es ist erklärlich genug, wenn in solchen Perioden, wie sie heftigen commerciellen Erschütterungen voraus zu gehen pflegen, auch die Leiter solcher Institute nicht ganz frei von jeder Einwirkung der öffentlichen Stimmung bleiben, fraglich erscheint uns nur, ob bei vielen kleinen sich einander auf Tod und Leben in Creditbewilligung und Notenausgabe Concurrenz machenden Anstalten dieß Verhältniß sich wesentlich besser gestalten würde. Die größere Macht zu nachtheiliger Einwirkung, auf welche der Verfasser Gewicht legt, dürfte wohl auf der andern Seite durch die Einwirkung der Concurrenz und geringere Verantwortlichkeit aufgewogen werden. Während man nun über diesen Punkt doch wohl mindestens zweifelhaft sein dürfte, sehen wir während der Erschütterung selbst sowohl in England wie in Nordamerika die kleinen Banken nur auf ihre eigene Rettung bedacht alle Segel einstreichen und auch dieß Ziel keineswegs immer erreichen, dagegen waren die großen Zettelbanken von England, Frankreich, Holland auch in den schlimmsten commerciellen Krisen der letzten Jahrzehnte nicht im Geringsten

gefährdet und gewährten nach allen Seiten Unterstützungen von ganz unberechenbarem Werthe. Wir glauben die Kaufleute von New-York und Hamburg würden viel darum gegeben haben, wenn sie im vorigen Spätherbst in ihrer Mitte eine Bank gehabt hätten, die eine ähnliche Stellung eingenommen hätte, wie die englische, welche auf dem Höhepunkt der Krisis in einer Woche ihr Wechselportefeuille und sonstigen Vorschüsse um 4,184,000 L., überhaupt von $20^1/_2$ Millionen am 17. Oktober bis auf mehr als 31 Million Livre Sterling am 5. November vermehren, ja einem einzigen Hause an einem Morgen, nach einer Mittheilung des Economist, für 750,000 L. Wechsel diskontiren konnte. Gewiß denkt in England kein Mensch ernstlich daran, solche Vortheile zu Gunsten eines noch nirgendwo bewährten Systems absoluter Bankfreiheit aufzugeben und wir glauben, daß auch die vorliegende Schrift an Werth gewonnen hätte, wenn der Verfasser sich in seinen Vorschlägen über Bankpolitik mehr auf dem Boden des Bestehenden und praktisch Erreichbaren gehalten hätte. Man kann, so scheint es uns, kein Freund der im Ganzen in Deutschland überwiegenden Zuvielregiererei sein und doch auf diesem wie auf manchem andern Gebiete nicht jede obrigkeitliche Leitung als gehässiges Bevormundungssystem verwerfen.

Rostock im Juni 1858. Erwin Nasse.

## X. Die Anweisung und der gezogene Wechsel, von Dr. Ladenburg, Obergerichtsadvokat. 8. 121 S. Mannheim 1858. J. Bensheimer.

In klarer Sprache und maaßvoller Haltung legt der Verfasser seine bereits früher mehrfach entwickelten Ansichten (Archiv f. Wechselr. I. S. 82 ff. III. S. 113 ff.) über das Wesen der verschiedenen Arten von Anweisungen wie des Wechsels nochmals dar, und versucht dieselben eingehender zu begründen.

In 3 Abschnitten werden die gewöhnlichen Anweisung (§. 1—11), die kaufmännische Anweisung (§. 12—20), und der gezogene Wechsel (§. 21—27) dargestellt.

I. Der erste Abschnitt bespricht, nach einer kurzen Erörterung über den Inhalt der gewöhnlichen Anweisung (S. 3—5), folgende 5 Punkte: die Rechtsverhältnisse zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen (§. 2), zwischen dem Anweiser und Nehmer (§. 3—5); zwischen dem Nehmer und dem Angewiesenen (§. 6); die Form der Anweisung (§. 7); deren Uebertragung (§. 11). Dagegen enthalten die §§. 8—10 eine Darstellung der eigenthümlichen Principien des Preußischen, Oesterreichischen und Badischen Rechts.

Der Verfasser erkennt an, daß jede Anweisung ein Zahlungsmandat des Assignanten an den Assignaten enthalte, leugnet aber als Regel das

zweite von der herrschenden Meinung angenommene Mandat: das Einkassirungsmandat des Assignanten an den Assignatar.

Das Zahlungsmandat anlangend, ist er auf die bekannte Streitfrage nicht näher eingegangen, inwiefern die bereits acceptirte Anweisung dem Assignatar gegenüber gültig widerrufen werden dürfe, indem er auch bei der gemeinen Anweisung den Widerruf schlechthin ausschließt. Es fragt sich hierbei, in welchem Sinne die Acceptation des Assignaten zu fassen sei: ob als selbstständige Verpflichtung, oder ob nur als mandatsmäßige, also bedingt durch den Nichtwiderruf des Mandats. Ein Gewohnheitsrecht im ersteren Sinne ist nur für die im Handelsverkehr vorkommenden schriftlichen Anweisungen, nicht auch bei den gemeinen, insbesondere nicht den formlosen, erweislich *). Bei den kaufmännischen Anweisungen, wie bei der Tratte, wird man somit, wie Unger zuerst richtig durchgeführt hat, ein Doppelmandat des Assignanten an den Assignaten annehmen dürfen: ein Mandat zu zahlen und erforderlichenfalls die Zahlung zu versprechen. Bei der gemeinen Anweisung liegt das nicht so klar vor, doch muß auch hier für die Existenz des gedachten Doppelmandats entschieden werden, sofern nicht im einzelnen Fall die gegentheilige Absicht der Interessenten nachweisbar ist. Denn es ist auch im gemeinen Verkehr eine entschiedene Hinneigung zu den strengeren Principien des Handelsrechts wahrnehmbar, für welche gerade bei diesem Punkte die Bestimmungen der neuen Civilgesetzbücher (A. L. R. I. 16. §. 259. Oesterr. bürgerl Gesetzb. §. 1404. Bad. Lbr. Art. 2010 f. i.) ein unverwerfliches Zeugniß ablegen. Indessen wird diese Präsumtion nur soweit zutreffen, als die Analogie der kaufmännischen Anweisung reicht: also nur bei schriftlich acceptirten schriftlichen Anweisungen über eine Geldsumme. —

Dagegen leugnet L. das Einkassirungsmandat, wenigstens als Regel. Nur bei der Anweisung zum Einzug finde sich solches, in allen anderen Fällen werde der Assignatar nicht beauftragt, nur ermächtigt, Zahlung zu erheben. Uns scheint hier ohne Grund eine sichere Basis aufgegeben zu sein, ohne durch eine bessere oder auch nur gleich gute ersetzt zu werden. Zur klareren Einsicht dürfte uns die folgende Erwägung führen.

Das Mandat kann einen doppelten Charakter tragen: entweder es ist sich Selbstzweck, und dieser Fall bildet die Regel, er ist der ursprüngliche, an welchem die Theorie des Rechtsinstituts sich entwickelt hat — oder es ist bloßes Mittel zum Zweck, indem es zur Verwirklichung eines anderweitigen

*) Cropp, Juristische Abhandl. II. S. 357. Not. 25. S. 395. Sintenis, Civilrecht II. §. 113 Not. 72. Unger, Inhaberpapiere S. 75 ff. Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten S. 168 ff.

Rechtsverhältnisses: eines Darlehns, einer Zahlung, einer Schenkung, zum Aequivalent eines gegebenen oder versprochenen Gegenwerths, dient: mandatum in rem suam, Ermächtigung. Die Ermächtigung ist nicht schlechthin nach den Principien des Mandats zu beurtheilen: dieselben reichen hier nicht aus, und treffen nicht durchweg zu; insbesondere steht dem Assignanten hier keine actio mandati directa auf Rechnungslegung und Herausgabe des Empfangenen zu, sein Widerruf und wohl auch sein Tod werden hier schwerlich die Ermächtigung vernichten — allein dennoch zeigt sich auch hier das Mandat in doppelter Richtung wirksam. Einmal in der actio mandati contraria, mittelst deren der Assignatar die Kosten der Einkassirung oder des vergeblichen Versuchs dazu (Reisegeld, Porto u dgl.) ersetzt verlangen darf — ein Anspruch, für welchen, ohne Zurückgreifen auf die Grundsätze des Mandats, es ihm an jedem Rechtsgrunde fehlen würde. Sodann in seinem Einflusse auf das anderweitige materielle Rechtsverhältniß zwischen den Betheiligten, zu dessen Realisirung die Anweisung bestimmt war. Will z. B. der Assignatar die ursprüngliche Forderung, welche mittelst der Anweisungssumme getilgt werden sollte, gegen den Assignanten einklagen, so muß er darlegen, daß die Anweisung zwar präsentirt, aber nicht bezahlt worden sei: denn er hatte die Verpflichtung übernommen, sich zunächst auf diese Weise zu decken. Vermag ihn nun der Assignant mangelnder Diligenz bei der versuchten Eintreibung zu überführen, so darf er den erweislichen Schaden, nach den Grundsätzen der actio mandati directa, mit seiner Schuld compensiren.

L. sucht diesen, auch von ihm nicht geleugneten, Rechtssatz auf einem Umwege zu erreichen: es trete die Regel der l. 161. u. l. 39. D. de R. J. (50, 17) *) ein. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob beide Stellen denselben Inhalt haben. Dies angenommen bezögen sich beide auf bedingte Rechtsgeschäfte, von denen in unserem Falle keine Rede ist.

Von den weiteren Argumenten des Verfassers gegen diese Auffassung mögen noch folgende erwähnt werden:

1) Die Analogie des Creditbriefes solle entscheiden. Nun übernimmt der Accreditirte allerdings keine Einkassirungsverpflichtung: es steht in seinem freien Ermessen, ob und wieweit er von dem Creditbrief Gebrauch machen

---

*) L. 161. In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta fuisset. L. 39. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat. Vergl. Mommsen, Beiträge I. S. 328 ff. III. S. 286 Not. 2. Zu der Textänderung Ladenburg's „per alius moram fit" liegt kein Grund vor.

will, er darf schlechthin auf seine etwaige alte Forderung zurückgreifen. Nur ist der Creditbrief eben auch keine Anweisung, wird theoretisch und praktisch von dieser sorgfältig geschieden. Der Verkehr hat zwei Institute ausgebildet, von welchen jedes besonderen Bedürfnissen dient, deren Vermischung darum durchaus unthunlich ist. Wer eine Anweisung nimmt, hat die Absicht den Betrag einzukassiren und verpflichtet sich dazu; der Nehmer eines Creditbriefes weiß nicht mit Sicherheit, ob und wieviel Geld er an einem oder mehreren Orten brauchen werde, darum verbindet er sich auch nicht zur Einziehung.

2) Es könne das Interesse des Assignanten mit dem des Assignatars collidiren. Gewiß, weil die Ausführung des Auftrags in vielen Fällen nicht Selbstzweck, sondern Mittel für ein anderweitiges Interesse des Assignatars sein wird.

3) Jeder Kaufmann beziehe für seine im Interesse eines Anderen besorgten Geschäfte eine Provision, der Assignatar dagegen nicht, sofern er den Betrag für sich behalte. Eben weil, je nach der causa, die Assignation einen verschiedenen Charakter trägt, ist auch in Betreff der causa zu untersuchen, in wessen Interesse vorwiegend das Mandat übernommen ist.

4) Ein Mandat, welches lediglich im Interesse des Mandatars liege, sei unwirksam. Allein wird nicht in allen Fällen ein Interesse des Assignanten sich darthun lassen? Nicht das ist entscheidend, wer das Geld behält (sonst wäre die nach Röm. Recht in die Form eines mandatum ad agendum eingekleidete Cession gleichfalls unwirksam), sondern wessen Zwecke durch die Einziehung gefördert werden. Sicherlich doch auch die des Assignanten, wenn die Summe als Zahlung, als Darlehn, ja gar als Schenkung dienen soll. Denn auch im letzten Fall dient die Assignation zur Realisirung eines Schenkungsversprechens, welches sonst auf andere Weise erfüllt werden müßte.

S. 16 wird behauptet, daß der Assignatar im Falle der Nichthonorirung auf seine alte Forderung gegen den Assignanten nicht zurückkommen könne, sofern er gegen Empfang der Anweisung über dieselbe quittirt habe. Wie dies mit der ausdrücklichen Feststellung des Gegentheils in l. 23 C. de solut. (8, 43) zu vereinigen sei, wird nicht erklärt; die allegirten neueren Gesetze beweisen nichts, weil sie nicht von der wirklichen Assignation, sondern von der Cession in Form einer Assignation handeln, d. h. einer Assignation, welche dies nur äußerlich, in Wahrheit aber Cession ist. L. meint, es liege eine Novation vor. Indessen jede Novation setzt den Uebergang einer alten in eine neue Forderung voraus: der Assignatar nun erhält keine Forderung weder gegen den Assignanten (höchstens auf Ersatz der Impensen), noch gegen den Assignaten. Ist auch der letztere zufällig Schuldner des Assignanten, so ist doch diese Forderung durch die Assignation kei-

neswegs abgetreten. Die Quittung ist unter der Bedingung ertheilt „falls die Anweisung honorirt wird."

Das Verhältniß des Nehmers zum Assignaten anlangend, wird S. 23 ff. ausgeführt, daß der Erstere auch gegen den nicht acceptirenden Assignaten klagen dürfe, sofern derselbe nur Schuldner des Assignanten sei, weil die Anweisung jedenfalls die Prozeßvollmacht zur Klage in sich schließe, und solche Klage stets im Interesse des Assignanten liegen müsse. Beides ist zu bestreiten. Die Anweisung enthält an sich nur ein mandatum accipiendi, nicht exigendi, wenn auch das letztere unter Umständen darin begriffen sein kann. Es wird nicht selten der Versuch gemacht werden, den Schuldner zur freiwilligen Zahlung zu bestimmen, ohne ihn auch einklagen zu wollen. Die praktischen Gesichtspunkte des Verfassers sind nicht durchgreifend

II. Der zweite Abschnitt behandelt die Lehre von der kaufmännischen Anweisung nach folgenden Richtungen: §. 12. Die Gewährleistung; §. 13, 14. die Ordreclausel und das Indossament, woran sich §. 15 eine Kritik der Unger'schen Theorie knüpft; §. 16 die Form der kaufm. Anw; § 17 die Theorie des Formalaktes; §. 18 die directe und die Gewährleistungsklage; §. 19, 20 die Preußische und einige andere Gesetzgebungen.

Eine richtige Theorie der kaufmännischen Anweisungen — wenn solche, was wir bezweifeln, gemeinrechtlich sich feststellen ließe — wäre nur auf geschichtlichem Wege zu ermitteln. Diesen hat der Verfasser verschmäht. Auch das ist nicht nachgewiesen, daß gegenwärtig, nach Anerkennung der allgemeinen Wechselfähigkeit, ein allgemeines Bedürfniß für eine Feststellung dieser Theorie im Deutschen Handelsgesetzbuch vorliege Die Mitglieder der Nürnberger Conferenz haben, unseres Erachtens, mit vollem Recht sich auf die in den §§. 284. 285. 287. 280 des Entwurfs enthaltenen Vorschriften beschränkt.

L. sieht den wesentlichen Unterschied der kaufmännischen Anweisung — für welche er übrigens selbst kein gemeinrechtliches Kriterium aufzustellen vermag — von der gemeinen in der unbedingten Gewährleistungspflicht des Assignanten und der Indossanten gegen alle Nachmänner für die Zahlung am Verfalltage; die Nichthonorirung müsse durch Protest festgestellt werden. Gerade dies aber kann gemeinrechtlich nicht zugegeben werden, die Meinungen der Schriftsteller wie die Vorschriften der Partikularrechte haben von jeher variirt *), ein festes Gewohnheitsrecht hat sich nicht gebildet.

Die Bedeutung der Ordreclausel und die Natur des Indossaments — dessen Unterschied von der Cession nun auch anerkannt wird —, und die Unhaltbarkeit der Unger'schen Delegationstheorie werden sicher entwickelt;

*) Siehe Günther in Weiske's Rechtslexikon. I. S. 334, und die Allegate bei Schlesinger, a. a. O. S. 168. 169.

allein unklar bleibt uns, wie sich der Verfasser das Indossament juristisch construirt, und welche moderne „Uebertragung" er neben Cession und Novation noch für möglich hält, wie endlich S. 121 in der Gewährleistungspflicht des Indossanten das unterscheidende Moment zwischen Indossament und Cession gefunden werden kann. Man denke an das Indossament „ohne Obligo!"

Daß Accept und Indossament einer kaufmännischen Anweisung (nicht auch die Ausstellung) als Formalakte anzusehen seien, scheint auch uns sicher — allein das Verhältniß der Formal- zu den Materialverträgen wird schwerlich treffend bestimmt, wenn es S. 71 ff. heißt: „Bei welch letzteren (den materiellen Verträgen) das, was die Parteien im einzelnen Fall gewollt haben (die Absicht derselben) allein maaßgebend ist, während bei jenen [den formalen] diese Absicht stets aus der gebrauchten Form gefolgert, und der Beweis einer entgegenstehenden Absicht, wenigstens Dritten gegenüber, nicht einmal zugelassen wird." Oder wenn S. 113 ff. als das Eigenthümliche der kaufmännischen Anweisungen, des Indossaments, des Wechsels die Unterstellung einer Gewährleistung erklärt wird, welche nirgends ausgesprochen sei, deren Umfang sich nur durch die äußere Form (?) erkennen lasse. Entscheidend ist vielmehr, daß jeder materielle Vertrag nothwendig seine bestimmte causa und darum einen ihm wesentlichen Inhalt hat, während dem Formalvertrag das „ich will verpflichtet sein, und zwar, weil ich will" genügt. Nur indirect, mittelst condictio oder exceptio, vermag auch hier die mangelnde causa zur Vernichtung der Obligatio zu führen. Ob der Verpflichtungswille ausdrücklich erklärt, oder um der gebrauchten Form willen gewohnheitsrechtlich subintelligirt wird, macht hierin keinen Unterschied. Und ebenso wenig kann das charakteristische Moment in der Beziehung der Obligatio zu später hinzutretenden Dritten gefunden werden, wenn gleich hier die abstracte Natur der Formalobligation sich am deutlichsten kundgibt. Haftet doch der Acceptant unbedingt auch demjenigen gegenüber, auf dessen Vorzeigung er acceptirt hat!

III. Im dritten Abschnitt werden nur einige Hauptpunkte des Wechselrechts besprochen, im Anschluß an eine Kritik der wichtigsten neueren Theorieen.

Auch die Tratte beruhe, wie die Anweisung, auf einem Zahlungsmandat (mandatum aliena gratia), an welches sich, wie dort, entweder ein Auftrag oder eine bloße Vollmacht zur Einkassirung anschließe. Von der gemeinen Anweisung unterscheide sie sich wesentlich durch die vereinfachte und verallgemeinerte Regreßpflicht des Ausstellers; von der kaufmännischen durch die besondere Regreßpflicht mangels Annahme (§ 21. 28). Wenn es nun mit Bezug hierauf am Schlusse heißt „daß der gezogene Wechsel mit dem allgemeinen Rechtssystem in vollkommenem Einklang stehe, und daß es keiner künstlichen Theorie bedürfe, um seine Folgen zu erklären", so ist dies

nur soweit zuzugeben, daß die Theorie des Wechsels allerdings keine künstliche, aber doch eine eigenthümliche, aus seiner eigenthümlichen Natur geschöpfte ist. Aus dem gemeinen Civilrecht aber läßt sich diese Theorie nicht ableiten. Denn der Verfasser ist den Hauptbeweis schuldig geblieben, und vermag ihn unmöglich zu führen, daß die unbedingte Haftung des Trassanten wie des Acceptanten gegenüber dem Remittenten und allen späteren Nehmern, sich aus den Prinzipien des **mandatum aliena gratia** erklären lasse. Darum sind auch die Einwendungen gegen Thöl's Auffassung der verschiedenen Wechselverträge nicht stichhaltig. Es ist unbegründet, daß jede Acceptation eines **mandatum aliena gratia** ein abstractes Schuldversprechen enthalte, ganz wie das Wechselaccept. Der Fuhrmann, welcher einen Frachtbrief annimmt, acceptirt gleichfalls ein **mandatum aliena gratia**; aber er braucht dem Destinatär die Ladung nur auszuliefern wenn er wegen der Fracht befriedigt wird; er darf auch, in der Regel wenigstens, dem Destinatär entgegenhalten, daß ihm die Ladung gar nicht, oder nur zum Theil, oder beschädigt, oder zu spät ausgeliefert worden sei (Neues Archiv f. Handelsrecht I. S. 340 ff.) Und daß bei der gemeinen Anweisung das Accept nicht schlechthin als Formalakt aufzufassen ist, haben wir oben gesehen. Sodann aber müssen in der That auch Ausstellung, Indossament, Aval als Formalakte (abstracte Summenversprechen) angesehen werden, da deren Wesen, wie bereits bemerkt, keineswegs in der Nichtgeltendmachung der mangelnden **causa** gegen Dritte, sondern in dem wesentlich prozessualischen Moment beruht, daß zu ihrer Wirksamkeit nicht der Nachweis der **causa** gehört, vielmehr dem Gegner überlassen ist, aus der mangelnden oder ungültigen **causa** ihre Unwirksamkeit darzulegen. Der casuistischen Aufführung der einzelnen Einreden, durch welche nach Art. 82 die Verpflichtung entkräftet werden kann (S. 97 ff.) ist nur beizustimmen, allein für die Hauptfrage ist dies ohne Gewicht. Das Gewährleistungsversprechen, in welchem L. das Wesen des Begebungsvertrages sieht, steht mit dem Zahlungsmandat an sich in gar keiner Beziehung, und läßt sich aus diesem nicht ableiten.

In der für die juristische Construction der Regreßpflicht bedeutsamen **l. 38. pr. §. 1. 2. D. de V. O. (45,1)** findet der Verf. mannigfache Widersprüche und einen im heutigen Recht überwundenen Standpunkt. Sehen wir jedoch näher zu, so ist offenbar der Satz **nemo alienum factum promittendo obligatur** auch noch heute vollkommen gültig, wenn die Absicht des Promittenten eben nur auf die Leistung des Dritten, nicht auch auf eigene Sorge für diese, oder eventuell auf Prästation des Interesse gerichtet war. Ob das der Fall, ist Sache der Willensinterpretation, und sicherlich werden wir im Zweifel kein Bedenken tragen, uns der milderen Auffassung, welche zur Aufrechthaltung des Versprechens führt, anzuschließen.

Gegen die Papiergeldstheorie werden §. 26 die im Archiv III. S. 113 ff.

dargelegten Gründe kurz zusammengefaßt. Liebe (§. 23) verwirft den Wechselvertrag in der That nur im geschichtlichen, nicht auch im dogmatischen Sinne. §. 27 enthält vielfach anregende Ausführungen über die Bezeichnung „Wechsel", die Ordreclausel und das Valutabekenntniß, mit Beleuchtung einiger Controversen, in denen, nach dem Verfasser, eine zu formelle Auffassung der W. O. zu unrichtigen Entscheidungen geführt hat.

Den Schluß (§. 28) bildet eine Parallele der Ordre- und der Inhaberpapiere. Goldschmidt.

## XI. Kritiken über den zweiten Entwurf.

(Vgl. oben S. 364.)

2. Das Handelsgesetzbuch Deutschlands (Allg. Oesterr. Gerichtsz. 1858. Nr. 65. 71).
3. Prof. Dr. Ferdinand Schuster. Ueber die stillen Handelsgesellschaften auf Aktien (eod. Nr. 76).
4. Dr. Souchay Der Entwurf zu einem Deutschen Handelsgesetzbuch (Zeitschr. f. Deutsches Recht XVIII. S. 452—493).
5. Prof. Dr. Anschütz. Der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuchs. Beiträge zur Beurtheilung desselben. Erster Beitrag. (Kritische Ueberschau. VI. S. 238—253).
6. Der Entwurf eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Bis jetzt 10 Artikel (Bremer Handelsblatt 1858 Nr. 356—365).
7. Dr. Ladenburg. Folgen der Nichterfüllung bei Käufen und Lieferungsverträgen (Annalen der Bad. Gerichte 1858 Nr. 4).

## XII. Litteraturübersicht.

Mehrfach geäußerten Wünschen zufolge werden in diese Uebersicht künftig nicht allein die Abhandlungen, sondern sämmtliche auch selbständige Schriften aufgenommen werden, daher hier alle noch nicht angezeigten seit Januar 1857.

76. Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrage dieser Commission herausgegeb. von J. Lutz, k. bayerischem Bezirksgerichtsrath und erstem Sekretär der Commission. Th. I. Th II. H. I. Th. III. Heft 1. 2. Beilageband (enthaltend die Entwürfe). 8. Würzburg 1858 Stahel'sche Buch- und Kunsthandlung *) 6 Rthlr. 16 Ngr.

*) Der wünschenswerthen Verbreitung der Protokolle wird leider der viel zu hohe Preis dieser Ausgabe sehr hinderlich sein.

77. Heise's Handelsrecht. Nach dem Original-Manuscript. VIII. u. 452 S. 8. Frankfurt a/M. 1858. J. D. Sauerländer's Verlag. 2 Rthlr. 20 Ngr.

78. v. Gerber, Kanzler ꝛc. System des Deutschen Privatrechts. Sechste verbesserte Aufl. XXVI. u. 680 S. 8 Jena 1858. Fr. Mauke. 3 Rthlr. 18 Ngr.

79. Pardessus. Cours de droit commercial. 6. éd. publiée par Eug. de Rozière. 4 Bde. 8. Paris 1856. 1857. 30 Fr.

80. Isidore Alauzet avocat, chef de bureau au ministère de la justice. Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale. 4 Bde. 8. Paris 1856. 1857. 32 Fr.

81. Dr. C. H. L. Brinckmann, Docent. Lehrbuch des Handelsrechts. Zweite Hälfte. Heft 2. S. 378—394. Heidelberg 1858. Bangel und Schmitt. 6 Ngr.

82. H. Dankwardt, Advokat zu Rostock. Nationalökonomie u. Jurisprudenz. Heft 1—3. Rostock 1857. 1858. G. B. Leopold's Universitätsbuchhandlung. à $^1/_3$ Rthlr.

83. Dr. Theodor Hirsch. Danzig's Handels- und Gewerbsgeschichte unter der Herrschaft des Deutschen Ordens. Eine von der Fürstlich Jablonowskischen Gesellschaft gekrönte Preisschrift. XII. und 344 S. Lex. 8. Leipzig. 1858. S. Hirzel. 2 Rthlr. 20 Ngr.

84. Dr. J. E. Kuntze, a. o. Professor d. R. in Leipzig. Das jus respondendi in unserer Zeit. Ideen über moderne Rechtsfortbildung. 35 S. 8. Leipzig 1858. J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.

85. Bluntschli, Gemeinsame Deutsche und einzelstaatliche Gesetzgebung. (Zeitschr. für Gesetzgebung und Verwaltungsreform von K. Brater. I. S. 11—29).

86. A. Dedekind. Beiträge zur Lehre vom Institor, mit besonderer Beziehung auf l. 5. §. 10. D. de inst. act. (Archiv f. civil. Praxis Bd. 41. S. 192—214).

87. v. Keller. Eine Antwort auf eine Frage. [Zu l. 5. §. 10. D. de inst. act.] (Jahrbuch des gem. Deutsch. Rechts. II. S. 218.)

88. G. Dietzel. Römische Analogieen zum heutigen Handelsrecht. I. Die solidare Haftung der offenen Handelsgesellschaft und die Firma. (Archiv für Wechselr. VII. S. 50—70.)

89. Nouguier. De la déclaration de faillite des sociétés en nom collectif et des associés en nom collectif eux-mêmes. (Le Hir, mémorial du commerce. 1858. S. 14—24.)

90. A. Frouard. De la société en commandite par actions. 179 S. 8. Paris. 3 Fr.

91. Unger. Zur Lehre von den juristischen Personen. [Mit besonderer

Berücksichtigung der Aktiengesellschaften]. (Kritische Ueberschau VI. S. 147—188.

92. Ladenburg. Sind Aktiengesellschaften juristische Personen? (Annalen der Badischen Gerichte 1858. Nr 19. 24.)

93. Dr. Robert Herrmann. Der Rechtscharakter der Aktienvereine. VIII. und 95 S. 8. Leipzig 1858. E. L. Hirschfeld. 15 Ngr.

94. E. J Becker. Ueber Verträge unter Abwesenden nach gemeinem Rechte und nach dem Entwurfe eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. (Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts II. S. 342—414).

95. C. F. Koch. Recht der Forderungen nach gemeinem und Preuß. Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen historisch-dogmatisch dargestellt. 2. Ausg. Bd. I. Lieferung 1. 2. Berlin 1858. Guttentag. à ⅔ Rthlr.

96. L. Larombière. Théorie et pratique des obligations. 4. Bde. 8. Paris. 34 Fr.

97. Dr. Th. L. von Helmolt, Professor der Rechte an der Universität Gießen. Die Correal-Obligationen. XIV und 177 Seiten. Gießen 1857. Ferber'sche Universitätsbuchhandlung ⅚ Rthlr.

98. Windscheid. Zur Theorie von der Correalobligation. (Kritische Ueberschau VI S. 209—237).

99. Brackenhoeft Zur Lehre von der culpa im Vertrage. (Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. Bd. 15. S 389—409).

100. Derselbe Das Gebiet der mora des Schuldners (a. a. O. S. 122 — 206).

101. C. F. Reatz. Zur Lehre von dem casuellen Untergang obligatorischer Rechte. (a. a. O. S. 351—388).

102. Th. Pachmann. Ueber das interusurium. Parallele zwischen dem Römischen und Oesterreichischen Recht. (Oesterr. Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft I. S. 193—216).

103. Dollmann. Zu art. 259 des Bayer. Strafgesetzbuchs (Betrug bei Eingehung oder Vollziehung gegenseitiger Verträge). (Blätter für Rechtsanwendung in Bayern 1858. Nr. 14. 15).

104. Brinz. Noch einmal ipso jure compensari. (Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. S. 24—40).

105. Dr. August Ubbelohde, Privatdozent in Göttingen. Ueber den Satz ipso jure compensatur. VIII und 299 S. 8. Göttingen. 1858. Vandenhoeck und Ruprecht. 1 Rthlr. 10 Sgr.

106. J. E. Horn Das Creditwesen in Frankreich. Nationalökonomische Skizze. Zweite, verbesserte und vermehrte Auflage. IV. und 139 S. Leipzig 1857. Heinrich Hübner. ⅔ Rthlr.

107. Dr. J. L. Tellkampf, Professor. Ueber die neuere Entwickelung des Bankwesens in Deutschland, mit Hinweis auf dessen Vorbilder in England, Schottland und Nordamerika und auf die Französische Société générale de credit mobilier. 4. Aufl. 93 S. 8. Breslau 1857. Maruschke. 12 Ngr. *).

108. A. Berndt, Kreisgerichtsrath. Die Wuchergesetze und ihre Aufhebung 95 S. 8. Berlin 1857. Schneider und Comp. ½ Rthlr.

109. Sabenburg. Contocorrent. Verrechnung der in laufender Rechnung gemachten Rimessen. (Annalen der Badischen Gerichte. 1858. Nr. 25. 37. 38).

110. Stern. Beiträge zur Lehre vom Kauf, insbesondere über die Tradition, das periculum und das Connossement. (Archiv f. Wechselrecht VII. S. 21—49).

111. Zur Lehre vom Kaufhandel nach der französ. Praxis. (Neues Archiv für Handelsrecht I. S. 255—278).

112. R. Sachße. Ueber die Haftbarkeit der Ausgaben von Werth- und Creditpapieren gegen die Inhaber dieser Papiere. (Zeitschr. für Deutsches Recht XVII. S. 29—90).

113. P. J. Proudhon's Handbuch des Börsenspekulanten. Nach der vierten Auflage des Originals bearbeitet. XXIII u. 232 S. 8. Hannover 1857. Carl Meyer. 1 Rthlr.

114. Die Börse, die Börsenoperationen und Täuschungen, die Stellung der Aktionäre und des Gesammt-Publikums. Ein Handbüchlein für Papierspekulanten und Nichtspekulanten. Auf Grundlage von Proudhon's Manuel du speculateur de la bourse für Deutsche Leser frei bearbeitet. VIII und 100 S. 8. Zürich 1857. Meyer und Zeller's Verlag. 18 Ngr.

115. Ueber die Natur und Wirkung der Prämiengeschäfte in Crediteffekten. (Haimerl's Magazin. XV. S. 483—492).

116. Louis Pouget, avocat. Des droits et des obligations des divers commissionaires, ou de la commission en matière d'achats et ventes, opérations de banque, assurances, navigation etc. 4 Bde. 8. Paris 1857. 1858. à 8 Fr.

117. Dr. C. F. Müller. Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten. Mit einem Anhang, wie nach den Bestimmungen des deutsch-österreichischen Postvereins und nach den Partikularrechten der

*) Eine Reihe wichtiger Aufsätze über das Bankwesen, namentlich mit Bezug auf die letzte Handelskrisis enthält die Volkswirthschaftliche Monatsschrift von C. Pickford. Bis jetzt 9 Hefte. Erlangen 1858, Ferd. Enke.

zu demselben gehörigen Staaten der Schadensersatz bei ... anstalten geleistet wird, sowie über die Haftverbindlichkeit der Eisen- bahnen. 2. sehr verm. Auflage. XVI und 210 S. 8. Leipzig 1857. Serig. 1¼ Rthlr.

118. Die rechtliche Natur des Frachtbriefs. (Neues Archiv I. S. 340—375).

119. W. Kompe. Vom Posttransportvertrag, insbesondere von der Schadensersatzpflicht der Postanstalten nach Maaßgabe der Postvereinsbestimmungen. (Zeitschr. f. Deutsches Recht XVIII. S. 301—388).

120. Dr. Wilhelm Koch. Deutschlands Eisenbahnen. Versuch einer systematischen Darstellung der Rechtsverhältnisse aus der Anlage und dem Betriebe derselben. Erste Abtheilung. XVI und 248 S. 8. Marburg 1858. Elwert'sche Universitätsbuchhandlung. 1 Rthlr.

121. J. F. Redfield. A practical treatise upon the law of railways. 824 p. 8. Boston. U. S. 30 sh.

122. Dr. Karl Knies, Prof. in Tübingen. Der Telegraph als Verkehrsmittel. Mit Erörterungen über den Nachrichtenverkehr überhaupt. IX und 273 S. 8. Tübingen 1857. Laupp. 1½ Rthlr.

123. Dr. Rudolph Schlesinger, Privatdozent zu Göttingen. Zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae. 2 Abhandlungen. VIII und 381 S. 8. Leipzig 1858. S. Hirzel 2 Rthlr.

124. Ladenburg. Die Anweisung und der gezogene Wechsel. (Archiv f. Wechselrecht VI. S. 377—346).

125. Dr. Burckhardt-Fürstenberger. Entwurf einer schweizerischen Wechselordnung mit Motiven. IV. 184 S. 8 Zürich 1858. Schultheß. 21 Ngr.

126. Das neueste Schwedische Wechselgesetz vom 23. August 1851. Ins Deutsche übersetzt von J. S. Lowe. 36 S. 8. Hamburg 1858. Nestler und Melle. 9 Ngr.

127. Wechselordnung für das Herzogthum Holstein. 32 S. 8. Altona 1858. Wendeborn 6 Ngr.

128. Die allgemeine Deutsche Wechselordnung, nebst den von dem Königl. Preuß. Obertribunal gefällten wechselrechtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von einem Preußischen Richter. IV und 78 S. 16. Berlin 1858. Springer's Verlag. ⅓ Rthlr.

129. S. Borchardt, Stadtgerichtsrath. Zweite Fortsetzung zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung rc. Nachträge und Entscheidungen bis Ende December 1857. IV. u. 122 S. 8. Berlin 1858. Decker'sche Geh. Oberhofbuchdruckerei. 10 Sgr.

130. Dr. F. Schuster, Professor. Gerichtliche Entscheidungen zum österr.

Wechselrecht und Wechselprozeß. 2. Aufl. 8. Wien 1858. Fr. Manz. 1 Rthlr. 8 Sgr.

181. Dr. G. M. Kletke. Rechtssätze aus Erkenntnissen und Verordnungen der obersten Justiz- und Spruchbehörden des Königreichs Sachsen in Wechselrechtsstreitsachen. IV. und 54 S. 8. Dresden 1858. Meinhold und Söhne. 1/4 Rthlr.

182. Dr. Joh. Blaschke, Prof. Das österreichische Wechselrecht in vergleichender Darstellung mit den ausländischen und den früheren österreichischen Wechselgesetzen. 3. verm. und verbesserte Auflage. XII. und 389 S. 8. Wien 1858. F. Manz. 1 Rthlr. 24 Sgr.

183. Dr. Blodig, Prof. Die Wechselkunde für Real- und Handelsschulen bearbeitet. Mit einem Anhang, enthaltend: Die allgemeine österr. Wechselordnung mit den wichtigsten Wechselgesetzen und einer Zusammenstellung der Gesetze über den Wechselstempel. IV. und 130 S. 8. Wien 1858. Prandel und Meyer. 12 Ngr.

184. Brozowsky, Vizedir. Die Lehre von den Wechseln und dem Wechselgeschäfte, theoretisch und praktisch nach der neuen Oesterreich. Wechselordnung bearbeitet. 2. Aufl. X. und 144 S. 8. Wien 1857. Seidel 16 Ngr.

185. Andr. Harbung II, Advocat. Das Wechselrecht der allgemeinen Deutschen Wechselordnung. XVI. und 124 S. 8. Köln 1858. Eisen's Verlag. 2/3 Rthlr.

186. A. Karvasy. Lehrbuch des Wechselrechts, nach der allg. W. O. und den noch Kraft habenden ungarischen Wechselgesetzen. 2. Aufl. 8. Pesth 1858. Heckenast. 2/3 Rthlr.

187. Dr. Achill Renaud, Hofrath. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen, sowie des in der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts. 2. verm. u. verbesserte Auflage. XII und 251 S. 8. Gießen 1857. Ricker. 1 1/3 Rthlr.

188. Dr. K. W. F. Straß, Rechtsanwalt. Die allgemeine Deutsche Wechselordnung, erläutert und verglichen mit den Gesetzgebungen des Auslandes, nebst einer Darstellung des Wechselprozeßverfahrens in den verschiedenen Deutschen Staaten. Ein praktisches Handbuch. 8. VI. u 430 S. Berlin 1858. Allgemeine Deutsche Verlagsanstalt. 1 3/4 Rthlr.

189. K. Walcher, Rechtsconsulent. Populäre Vorträge über das Wechselrecht, gehalten vor dem Stuttgarter Gewerbe-Verein. IV. und 75 S. 8. Stuttgart 1858. Wilhelm Nitzschke. 15 Sgr.

140. Platner. Vergleichung der gemeinen D. W. O. mit dem Kur-

hessischen Wechselrecht. Schluß. (Archiv für Wechselrecht. VI. S. 385 —416).

141. W. Brauer. Das Geltungsgebiet der D. W. O. (eod. VII. S. 1—7).

142. Purgold. Die Einrede der Minderjährigkeit gegen ein Accept ohne Datum. (eod. S. 17—20).

143. L. Hauff. Ueber den Ort der Präsentation und der Protesterhebung mangels Zahlung bei einem eigenen Wechsel. (eod. VI. S. 379—384).

144. Stern. Wie muß im Sinne der A. D. W. O. die Zahlung des Wechsels stattfinden? (eod. S. 357—378).

145. F. Koch. Welche Gründe hat die Ansicht für sich, daß auch solche domicilirte Wechsel, worin ein Domiciliat nicht bezeichnet, oder der Wechselgläubiger selbst als Domiciliat benannt ist, zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten der Protesterhebung Mangels Zahlung bedürfen. (eod. VII. S. 8—16).

146. H. Fick, Ueber die Rechte aus einem präjudicirten Wechsel gegen die Indossanten nach Deutschem und Französ. Recht. (eod. S. 121—178).

147. Le Hir. Effets de commerce, des faux commis dans la confection, l'endossement et l'acceptation des effets de commerce. (Mémorial du commerce 1858. p. 29—31. 41—45. 78—81. 103—107. 150—156).

148. J. Wolffson. Das Recht des Wechsels in den Concursen mehrerer Wechselverpflichteten. (Neues Archiv für Handelsrecht. I. S. 275—298).

149. Friedr. Hassenpflug. Unterstaatsprokurator in Eschwege. Ueber den Einfluß des Wechsels auf unterliegende Obligationsverhältnisse. 109 S. 8. Cassel 1858. Oswald Bertram. 16 Ngr.

150. Dr. G. M. Kletke. Darstellung des Wechsel- und Merkantil-Prozesses in den 7 Kreisen des Königr. Bayern diesseits des Rheins. Nach der neuen Gerichtsorganisation vom Jahre 1857. XI. und 392 S. 8. Bamberg 1858. Buchner. 2 Rthlr.

151. Dr. Joh. Blaschke, Prof. Der Oesterreichische Wechselprozeß mit theilweiser Berücksichtigung der in Deutschland bestehenden Wechselprozeßvorschriften. VI. und 125 S. 8. Wien 1858. Fr. Manz. 24 Ngr.

152. E. Brauer. Ueber die Zulässigkeit des Wechselprozesses wegen ausländischer Wechsel. (Archiv f. Wechselr. VI. S. 337—346).

153. J. E. A. Bojunga. Schiffahrthandbuch. Eine Sammlung der Handels- und Schiffahrtsverträge, und der der Schiffahrt halber

erlassenen Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen Hannover's. 554 S. 8. Aurich 1858. Selbstverlag des Verf.'s. 2 Rthlr.

154. v. Hagen, Polizeirath. Die Flußschifffahrt Preußens. Eine Sammlung aller auf dieselbe Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen und Erlasse. VIII. und 200 S. 8. Stettin 1857. Nagel. ⅔ Rthlr.

155. Feraud-Giraud, Conseiller. Jurisprudence de la Cour impériale d'Aix et décisions notables du tribunal de commerce de Marseille, contenant le droit maritime (1811—1855). 674 p. 8. Aix 1857. 18 Fr.

156. Aldrik Caumont. Dictionnaire universel du droit commercial maritime, ou Répertoire méthodique et alphabétique de législation, doctrine et jurisprudence nautiques. 2e édit. 8. Le Havre 1857. 1858.

157. Louis Pouget, avocat. Principes de droit maritime. 2 vol. 8. Paris 1858. 16 Fr.

158. Beseler. Das Setzen eines Schiffes zu Geld. (Zeitschr. f. Deutsches Recht XVIII. S. 294—300).

159. Nizze. Von welchem Zeitpunkt an ist ein Schiff unterwegs? (Neues Archiv für Handelsr. I. S. 327—340).

160. Weber. Darf ein in Ladung liegendes Schiff arrestirt werden. (eod. S. 248—255).

161. H. Tecklenborg. Ueber Bodmerei und Havariegrosse. Eine Darstellung und Beleuchtung älterer und neuerer Lehrsysteme und Gesetze. VIII. und 327 S. 8. Bremen 1858. C. Schünemann. 2 Rthlr.

162. Ueber die Behandlung auswärtiger Havariegrosse-Dispachen ꝛc. Schluß. Vgl. Nr. 70. (Neues Archiv I. S. 298—327).

163. Dr. E. A. Masius. Systematische Darstellung des gesammten Versicherungswesens. XII. und 128 S. 8. Leipzig 1857. Thomas. 24 Ngr.

164. Merger. Des assurances terrestres. Tom. I: Assurances sur la vie à primes fixes. XV. et 384 p. 8. Paris.

165. Negrin. De l'escroquerie en matière d'assurance maritime. 77 p. 8. Aix. 1857.

166. Arnould. Treatise on the Law of Marine Insurance and Average, with Reference to the American Cases and the later Continental Authorities. 2. edit. 2. vol. London 1857. 22 Rthlr. 12 Ngr.

167. Concursordnung für die Preußischen Staaten v. 8. Mai 1855 nebst den darauf bezüglichen Gesetzen und Verordnungen. 2. Ausg. 8. Berlin 1858. Reimer. 17½ Ngr.

168. Goldtammer, Obertribunalsrath. Kommentar und vollstän-

dige Materialien zur Concursordnung vom 8. Mai 1855 2c. 2. Ausg. III. u. 587 S. 8. Berlin 1858. Decker. 3¼ Rthlr.

169. Consbruch, Ger. Assessor. Ueber die Befugniß der Concursgläubiger zur Anfechtung der vor der Concurseröffnung vorgefallenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. Eine vergleichende Darstellung des älteren und des neueren Preußischen Rechts. VIII. und 51 S. 8. Berlin 1857. Decker ¼ Rthlr.

170. Reinhold Köstlin. Darstellung der Lehre vom strafbaren Bankerott überhaupt und insbesondere nach den neueren Deutschen Gesetzgebungen. (Goldtammer's Archiv f preußisches Strafrecht. V S. 721—744. VI. S. 3—26).

---

## XIII. Rezensionenverzeichniß

über die

### seit Januar 1857 erschienenen Schriften mit Ausschluß der in dieser Zeitschrift enthaltenen Rezensionen.

Berndt. Wuchergesetze. Lit. Centralblatt (1858) Nr. 24.

Beschorner. Eisenbahnrecht. Lit. Centralblatt 1858 Nr. 16. Magazin für Hannover. N. VIII. 1. Blätter f. Rechtspfl. in Thür. 1858 Nr. 7. Goldtammer's Archiv VI. 1. Oesterreich. Vierteljahrsschr. I. 1. Bank- und Handelsz. 191. Deutsche allg. Zeit. 68. Aachener Zeitung 57. Schles. Zeit. 109. Hamburger Nachrichten 53. Nationalz. 490.

Blaschke. Der Oesterreichische Wechselprozeß. Allg. Oester. Gerichtszeit. Nr. 43. Oesterr. Vierteljahrsschrift I. 2. Kathol. Litteraturzeitung 30.

Blaschke. Das Oesterreichische Wechselrecht. Allgem. Oesterr. Gerichtsz. Nr. 65. Haimerl's Magazin XV. S. 319 ff. Kathol. Litteraturz. 30. Schletter's Jahrb. III. 2.

Blodig. Wechselkunde. Haimerl's Magazin XVI. S. 522 ff.

Borchardt. Zweite Fortsetzung. Spener'sche Zeit. 101. Archiv f. Wechselr. VII. 2.

Brozowski. Lehre von den Wechseln. Haimerl's Magazin XVI. S. 252 ff.

Consbruch. Befugniß der Concursgläubiger zur Anfechtung. Spen. Zeit. 98. Gerichtssaal 1857. 8.

Dankwardt. Nationalökonomie und Jurisprudenz. Allgem. Oesterreich. Gerichtsz. 1857 Nr. 132 — 135. Gerichtssaal Nr. 12. Litter. Centralbl. 32. Germania 66. Volkswirthschaftliche Monatsschrift I. 2. Archiv f. praktische Rechtsw. VI. 1. Heidelb. Jahrb. 19. Bank- und

Handelszeit. 284. Austria 16. Allgem. Zeit. 118. Berliner Revue IX. 8. Die Reform 67.

Endemann. Entwurf. Lit. Centralbl. 18. Magazin f. hannov. Recht. VIII 1. Bank- und Handelszeit. 75. Hamb. Corresp. 94. Aachener Zeit. 83. Schles. Zeit 109. Nationalz. 490.

Goldtammer. Commentar zur Concursordnung. Spen. Zeit. 20.

Goldschmidt. Kritik des Entwurfs. Lit. Centralbl. 1857. 15.

Güterbock. Die Englischen Aktiengesetze. Lit Centralbl. 24. Bank- und Handelszeit. 194.

Harbung. Wechselrecht. Lit. Centralbl. 81. Köln. Zeit. v. 9/14. Elberf. Zeit. v. 2/4.

Hassenpflug. Einfluß des Wechsels Archiv f. Wechselr. VII. 2.

Hocker. Sammlung der Statuten. Volkswirthschaftl. Monatsschr. I. 2. Bank- und Handelszeit. (1857) Nr. 357.

Horn. Creditwesen. Lit Centralbl. (1857). Nr. 37. Volkswirthschaftl. Monatsschr. I. 2

Jurisprudenz des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte in Wechselsachen. Allgem. Oesterr. Gerichtsz. Nr. 69. Oesterr. Vierteljahrsschr. I. 2. Magazin f. hannov R. VIII. 2.

Kletke. Sammluug von Präjudizien Lit. Centbl. (1857) 35. Kritische Ueberschau V. 3. Allg. Oesterr. Gerichtsz. 1857. Nr. 75. 142. und 1858. Nr. 62. Magaz. f. hannöv. R VII. S. 154 155. 318. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen IV. 12. V. 8. Hamb. Nachrichten (1857) Nr. 245. (1858) Nr. 163. Bank- und Handelszeit. (1858) 191. Oesterr. Bl. f. Lit. und Kunst 34. Spener'sche Zeit. 223.

Knies. Telegraph. Gersdorff Repertor 6. Volkswirtsch. Monatsschr. I. 2.

Koch. Deutschlands Eisenbahnen. Krit. Zeitschr. für die ges. Rechtsw. V. S. 219 ff. Lit. Centralbl 11. Gersdorff Repert. 18. Archiv für prakt. Rechtsw. VI. 1.

Kuntze. Inhaberpapiere. Lit. Centralbl 18. Bremer Handelsblatt 347. Nationalz. 490.

Ladenburg. Anweisung und Wechsel Archiv f. prakt. Rechtsw. VI. 1. Archiv f. Wechselr VII. 2.

Mohl. Beitrag. Allg Oesterr. Gerichtsz. (1857) Nr. 129. Volkswthsch. Monatsschr. I. 2.

Müller. Ueber die de recepto actio. Schletter's Jahrb. IV. 2.

Neues Archiv für Handelsrecht. Allg. Oesterr. Gerichtsz. Nr. 23. 80. Krit. Ueberschau VI. 2. Archiv f. prakt. Rechtsw. VI. 1. Hamburger Correspondent 67. Kathol. Litteraturz. 17.

Nizze. Seerecht. Lit. Centralbl 4. Magaz. f. hannov. Recht VIII. 8. Archiv f. prakt. Rechtsw. VI. 1. Gerichtssaal (1857) 12. Monatsschr. f. deutsches Städtewesen 2. Oesterr. Bl. f. Lit. u. Kunst. (1857) Nr. 34.

Noback. Handelsusancen. Allg Oesterr. Gerichtsz. Nr. 63.

Nöllner. Einheitsbestrebungen. Oesterr. Vierteljahrsschr. 1. Gersdorff Repertor. 8. Lit. Centralbl. 22. Spener'sche Zeit. 72.

Philippi. Messen. Volkswirthsch. Monatsschr. I. 2.

Renaud. Lehrbuch d. Wechselrechts. 2. Aufl. Archiv f. Wechselr. VII. 2. Kathol. Litteraturz. Nr. 9.

Ruhstrat. Ueber negotiorum gestio. Oesterr. Vierteljahrsschr. I. 2.

Schirges. Rheinstrom. Volkswirthsch. Monatsschr. I. 2. Minerva N. F. II. 1. Zeitschrift für Culturgesch. I. 2. Hamburg. Corresp. (1857) 280).

Schwebemeyer. Englisches Aktiengesellschaftswesen. Lit. Centralbl. 26. Bremer Handelsbl. 292. Kathol. Litteraturz. (1857) Nr. 19.

Staudinger. Lebensversicherung. Gerichtssaal (1857) Nr. 12. Magaz. f. hannov. R. VII. S. 155. Bank- und Handelsz. 194. Schlesische Zeit. 109. Nationalz. 490.

Tellkampf. Bankwesen. Spenersche Zeit. 20.

Thöl. Entscheidungsgründe. Lit. Centralbl. (1857) 25. Haimerl's Magazin XVI. 4.

Ubbelohde. Ueber den Satz ipso jure compensatur. Gersdorff, Repert. 8. Göttinger. Gel. Anz. 57 – 59.

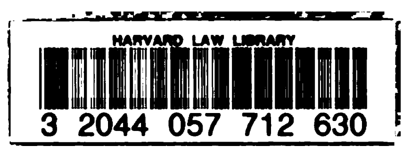
Unger. Inhaberpapiere. Lit. Centralbl. (1857) 38. Krit. Zeitschr. für die ges. Rechtsw. IV. 6. Bremer Handelsbl. Nr. 347. Krit. Ueberschau V. 3. Oesterr. Bl. f. Lit. und Kunst. 5. 16. Haimerl's Magazin XVI. 8. 9. Austria 22.

Ullrich. Sammlung seerechtlicher Entscheidungen. Allg. Oesterr. Gerichtsz. 68. Hamb. Correspondent. 67.

Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen in Handelsrechtssachen. Kritische Ueberschau VI. 2. Kathol. Litteraturz. 17. Archiv für praktische Rechtsw. VI. 1. Gerichtssaal 3. Magaz. f. hannov. R. VIII. 1. Schles. Zeit. 253. Allgem. Oesterr. Gerichtsz. 30. Abendbl. zur Neuen Münchner Zeit. 67.

## Berichtigung einiger erheblicheren Druckfehler.

S. 12. Z. 8 v. o. lies „allenfalls“ statt „ebenfalls“.
S. 153. Z. 13 v. o. l. „ihr“ st. „ihm“.
S. 206. Z 5 v. o. l. „1855“ st. „1856“.
S. 207. Z. 5 v. o. l. „das“ st. „aus“.
S. 365. Nr. 56 l. „Jahrg. 1858. Bd. 22“ st. „Jahrg. 1822“.
S. 370. Z. 19 v. o. l. „etwa“ st. „ewa“.
S. 370. Z. 21 v. o. l. „samländische“ st. „finnländische“.
S. 373. Z. 2 v. o. l. „Bericht“ st. „Brief“.
S. 437. Z. 9 v. o. l. „doch“ st. „indessen“.
S. 440. Note 27 l. „zweifellos“ st. „zweifelhaft“.
S. 467. Z 5 v. o. l. „und“ st. „der“.
S. 467. Z. 7 v. u. l. „daraus“ st. „darauf“.
S. 468. Z. 21 v. o. l. „offenbar“ st. „oft eben“.
S. 469. Z. 2 v. o. l. „Rechtsgeschäfts“ st. „Rechtsgeschäften“.
S. 469. Z. 8 v. o. l. „Rechtsordnung“ st. „Rechtsanwendung“.
S. 472. Z. 14 v. u. l. „precäres“ st. „primäres“.
S. 473. Z. 11 v. o. l. „suspensiv“ st. „successiv“.
S. 550. Z. 3 v. u. l. „Domiciliat“ st. „domicilirt“.
S. 555 letzte Z. l. „tunc“ st. „tuus“.
S. 571. Z. 13 sind die Worte „da sie jedoch“ zu streichen
S. 586. Note * Z. 5 v. u. l. „dieser“ st. „dfeser“.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 712 630

